

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FILOSOFIA POLÍTICA**

**A INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA CRÍTICA LIBERTÁRIA**

FLÁVIO RODRIGUES DE OLIVEIRA

**MARINGÁ
2016**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FILOSOFIA POLÍTICA**

**A INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA
CRÍTICA LIBERTÁRIA**

Dissertação apresentada por FLÁVIO RODRIGUES DE OLIVEIRA, ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Maringá, como um dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Área de Concentração: Filosofia Política.

Orientadora:

Prof^a. Dra.: Andrea Luisa Bucchile Faggion

MARINGÁ
2016

FLÁVIO RODRIGUES DE OLIVEIRA

**A INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA
CRÍTICA LIBERTÁRIA**

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Andrea Luisa Bucchile Faggion (Orientadora) –
UEM/UEL

Prof. Dr. Delamar José Volpato Dutra – UFSC - Florianópolis

Prof. Dr. Evandro Luís Gomes – UEM

16/12/2016

À Andrea Faggion, por acreditar!

AGRADECIMENTOS

À Andrea Luisa Bucchile Faggion, minha orientadora queridíssima, que foi e é excepcional tanto no âmbito profissional quanto interpessoal. Nesses quase três anos descobri em você, na Magaly e na Tiazinha uma família maravilhosa e acolhedora. Por muitas vezes, parei e pensei em desistir, mas não fiz, dentre inúmeras razões, uma delas por carinho e respeito a você. Encontrar alguém assim é raríssimo, ter como orientadora é um privilégio.

Ao Augusto Moretti que já vem acompanhando o meu percurso acadêmico há muito tempo. Tanto para acordar as três da madrugada, por exemplo, para ir dirigindo para mim por mais de 300 km porque eu precisava estudar durante aquele tempo, quanto para ler e ouvir as ideias mais mirabolantes que eu tive no percurso de escrita dessa dissertação. Sua amizade é muito importante para mim.

À Maria Luísa Furlan por ter me acolhido em sua vida de maneira muito carinhosa, mesmo depois de tantos ‘nãos’ que tenho levado.

À Ivone Bertonha, paciência com que trata o meu itinerário pelo conhecimento.

Ao Itamar Flávio, por me orientar de uma forma fraterna sempre atrelando o conhecimento acadêmico às minhas experiências de vida pessoal e profissional.

Ao Wilson Samir por ter lido partes desta pesquisa sempre buscando que essa análise se tornasse clara e didática para um leitor não familiarizado com o tema.

À Eliane Bannwart, por me mostrar que alguns laços ultrapassam a consanguinidade.

Aos meus amigos do Direito que me auxiliaram na compreensão dos termos jurídicos, bem como, indicações e empréstimos de obras temáticas.

Ao Departamento de Filosofia da UEM (DFL) na figura do Evandro Luís Gomes (coordenador do conselho acadêmico) por ter me proporcionado a oportunidade de lecionar, enquanto estive como professor colaborador, em cursos cujas disciplinas eu pudesse desenvolver leituras que me ajudaram a escrita desse trabalho. Aqui também preciso abrir um espaço para agradecer a Andrea Regina Previati que sempre fez muito por mim no que diz respeito a um melhor desempenho acadêmico e profissional.

Ao Delamar José Volpato Dutra e Evandro Luís Gomes por aceitarem estar nesse processo desde a sua qualificação até a defesa. Certamente a contribuição de vocês foi fundamental para a forma que este trabalho possui.

“Assim também nós podemos esperar, mesmo que nós não tenhamos como imaginar os filósofos do futuro, que, independentemente de que substâncias eles serão feitos e do que eles descenderão, e quaisquer que sejam as coisas novas que descobrirão e as novas questões que colocarão e sejam quais forem as complexas interconexões que estabelecerão para alterarem os limites e níveis de sua consciência e cognição, eles ainda serão capazes de olhar para trás, de volta para nós, e nos reconhecer como um parente. A filosofia começa na maravilha. Ela nunca termina.”

Robert Nozick, 2001

OLIVEIRA, Flávio Rodrigues de. **A INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA CRÍTICA LIBERTÁRIA**. n° de folhas (ex. 127 f.). Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Estadual de Maringá. Orientadora: (Andrea Luisa Bucchile Faggion). Maringá, 2016.

RESUMO

Muitas discussões em Filosofia Política giram em torno de um ponto chave: liberdade *versus* igualdade. Para um libertário, tal como o conceito é entendido nesse trabalho, igualdade jurídica ou formal (igualdade de todos perante a lei), implica em liberdade. Não há liberdade, se todos não forem juridicamente iguais. Assim, etnia, orientação sexual, gênero, condição econômica e outros aspectos que trariam uma diferenciação de tratamento entre um e outro indivíduo, devem ser desconsiderados no âmbito da jurisdição. Mais detidamente, qualquer igualdade mais substancial, é desprezada por um libertário, compreendendo que as decisões tomadas nesse campo só serão justas se, tratar a todos, iguais ou desiguais, como indivíduos únicos, independentemente de quaisquer contingências. Por isso, essa defesa da liberdade, abordada aqui, é vista dentro do seu aspecto negativo. Liberdade negativa deve ser entendida como a esfera de ação em que não há coação de outros, física. Desse ponto de vista, essa forma de liberdade é a única premissa que deve ser requerida na formulação de leis para a sociedade. Portanto, na concepção libertária minarquista o atrito entre direitos negativos e direitos positivos históricos não justificam a prioridade dos últimos, pois a legitimidade histórica não é evidência suficiente para a sua legalidade. No âmbito histórico os direitos positivos foram adquiridos por lutas dos indivíduos por uma maior representação do Estado na sociedade, porém, buscaremos mostrar que essas ações violavam os direitos individuais. Por isso, um libertário sempre é mais cauteloso com os direitos positivos. Para os libertários os direitos negativos antecedem e são a razão de ser de qualquer constituição de direito e devem prevalecer também na constituição das leis do Estado Moderno. Destarte, nosso trabalho visa analisar as Constituições do Brasil tendo em vista a perspectiva da construção dos direitos fundamentais nas gerações do direito mostrando a incompatibilidade entre os direitos de primeira geração (direitos negativos), com os direitos subsequentes (direitos positivados).

Palavras-chave: Libertarianismo; Estado Moderno; Liberdade.

OLIVEIRA, Flávio Rodrigues de. **THE INCOMPATIBILITY BETWEEN THE FUNDAMENTAL RIGHTS: CRITICISM OF LIBERTARIAN.** n° de folhas (ex. 127 f.). Dissertation (Master in Education) – State University of Maringá. Supervisor: (Andrea Luisa Bucchile Faggion). Maringá, 2016.

ABSTRACT

Much discussion in political philosophy resolve around on key point: freedom *versus* equality. To a libertarian, such as the concept is understood in this work, formal or juridical equality (equality of all before the law), implies freedom. There`s no freedom if all aren`t juridically equal. Thus, ethnicity, sexual orientation, gender and economist status and other aspects that would bring a differentiation in the treatment between one and another, should be disregarded in the jurisdiction scope. More closely, any substantial equality, is despised by a libertarian, understanding that decisions taken in this field will only fair if, treat everyone, equal or unequal, as unique individuals, independent of any contingencies. Therefore, this defense of freedom, broached here, it`s seen in its negative aspect. Negative freedom should be understood as the sphere action where there is no coercions of other, physical. This point the view, this way freedom, is the only premise which should be required in the formulation of laws to society. Therefore, in the libertarian minarchist conception, friction between negative rights and positive historical rights does not justify the priority of the last, because the historical legitimacy is not enough evidence to its legality. In the historical ambit the positive rights were acquired by a bigger struggle of individual for a bigger representation in the State in society, however, we seek to show that these actions violate individual rights. Thereupon, a libertarian is always more cautions with the positive rights. For libertarians negative rights predate and are the reason of being any Constitution of right and should prevail also in the constitution of laws of Modern State. Thus, our work aims to analyze Brazil`s constitution considering the perspective of the construction of fundamental rights in generation of rights, showing the incompatibility between first rights (negative rights) and generation with subsequent rights (positivized rights).

Key words: Libertarianism; Modern State; Freedom/Liberty.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. O CONCEITO DE LIBERDADE PARA UM LIBERAL/LIBERTÁRIO	24
2.1. LIBERDADE NEGATIVA	37
3. UMA BREVE HISTÓRIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS	48
3.1. HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO BRASIL	50
4. O PROBLEMA DA UNICIDADE CONSTITUCIONAL E A COLISÃO DE PRINCÍPIOS	76
4.1. EXISTE UMA COLISÃO DENTRO DOS PRINCÍPIOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO.....	84
4.2. A INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	87
5. CONCLUSÃO	91
6. REFERÊNCIAS	93

1. INTRODUÇÃO

Encontramos em Aristóteles a primeira referência à vida em sociedade de maneira natural ao homem. O filósofo afirma que os homens são por natureza seres políticos¹. Mais detidamente, o que o estagirita conclui é que necessitamos uns dos outros para vivermos, pois é próprio da natureza humana as associações. Com efeito. Notamos que a vida em sociedade nos trouxe benefícios evidentes, porém, ao mesmo tempo, criou uma série de limitações que adentram a liberdade humana. É nesse contexto que pretendemos trazer luz às nossas indagações. No contexto das relações sociais que se encontra o problema da liberdade humana.

Liberdade humana aqui deve ser tratada dentro da esfera do social, dentro das interações humanas e não simplesmente pensado no âmbito isolado, como o de um Robinson Crusóé, sozinho em sua ilha. A liberdade da qual Daniel Defoe discorre em seu clássico não traz problemas maiores para a personagem. Robinson Crusóé de fato era irrestritamente livre, mesmo que essa tenha sido acarretado por uma *mala fortuna*. Nossa liberdade está correlacionada ao outro. O homem, por ser um indivíduo naturalmente político, age visando um melhor resultado para as suas ações e paralelamente para o outro, e vice-versa. A cooperação é necessária em alguma medida para a consecução dos nossos fins e diametralmente o fim dos outros. Pelo menos em tese, acredita-se nisso.

É dentro dessas inter-relações executadas pelos indivíduos que surgem as teorias de associações contratuais. Mais detidamente, buscando compreender as associações feitas pelos indivíduos que muitos filósofos posteriormente formularam suas teses em busca de uma maior compreensão da organização social. Esses chamados de contratualistas. Embora alguns autores² apresentem um antagonismo entre as teorias de associação natural e as teorias contratualistas, vemos, sem prejuízo, que ambas podem ser aceitas como complementares, e não necessariamente excludentes. Não é porque o homem encontra-se pré-disposto às associações desde os seus primórdios, que ele não possa criar um contrato fictício para gerir essas relações. Assim, aceitamos sem ônus para nossa pesquisa, a ordem natural dos indivíduos em convergirem socialmente e ao

¹ Cf. Aristóteles, “O homem é naturalmente um animal político. (ARISTÓTELES, *A Política*, I. 9).

² In: *Elementos de Teoria Geral do Estado*, de Dalmo de Abreu Dallari. 31ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

mesmo tempo a necessidade, ou não, da criação de contratos para a organização dentro desse espaço de convivência. Desse modo, igualmente como algumas sociedades podem organizar-se por natureza sem o auxílio de contratos, outras, podem, na mesma medida organizarem-se por natureza, com a necessidade de contratos. E é aí que surgem os maiores conflitos. Na afirmação dos contratos.

A partir das sociedades de contratos que poderemos analisar as configurações referentes à como o direito passa a existir de maneira organizada por um poder coercitivo fundamental dentro das sociedades em detrimento à sociedade fundamentada no estado de natureza. Não que o direito não existisse em sociedades anteriores às do contrato. Porém, quando mencionamos esses direitos referentes às sociedades anteriores a do contrato, eles são denominados direitos naturais. Já os direitos criados com o contrato, são classificados como direitos positivos.

Essa noção de direito positivado nos remeterá a própria história do direito escrito. Será estabelecido contratualmente o que as pessoas podem ou não fazer umas às outras. Paralelamente, também se estabelecerá nessa relação quem poderá julgar e punir uma determinada infração. Esses limites são de extrema importância, pois será por via deles que admitiremos a legitimidade do poder coercitivo. De acordo com Nozick, essa estrutura fornece uma esfera primordial de atividade do Estado, e quiçá a única legítima (NOZICK, 2011, p. 6)

Contudo, para que haja um poder coercitivo fundamental estipulado constitucionalmente, é preciso que esse poder, em alguma medida adentre a esfera da liberdade individual. Em outras palavras, é preciso, para que o Estado mantenha a ordem e a paz, abrir mão de alguma porcentagem da nossa liberdade em detrimento da sua ação coletiva. Para a teoria liberal, essa porcentagem deve ser mínima, apenas no que se refere à Justiça e Segurança.

Assim, o poder coercitivo fundamental, quando feito sob os contornos da intervenção mínima do Estado, tende a garantir a paz e a ordem política de uma nação. Neste postulado, está contida a origem do constitucionalismo moderno: a elaboração de uma instituição coercitiva para garantir a não violação da liberdade individual. Para a proposta liberal clássica de organização social, a criação de uma Constituição é realizada visando assegurar as liberdades individuais diante da ação do Estado.

Todavia, essa assertiva traz em seu bojo algumas aparentes contradições, pois, num primeiro momento, o nosso raciocínio nos leva a indagar sobre como é possível que a criação de uma instituição coercitiva garanta a liberdade? Respondemos, dessa

forma, que esse, na verdade, é um equívoco constante quando se trata de liberalismo. A criação de um maquinário de coerção fundamental que a princípio é visto como uma violação a liberdade no seu estágio natural, garante, na verdade, a não violação de maneira irregular ou injusta, pois, sempre busca referir-se na mesma medida da infração cometida. Locke no seu *Segundo tratado sobre o Governo civil*, menciona a instituição da lei como uma garantia da liberdade, e não perca. Nas palavras do filósofo político:

A lei, em sua verdadeira noção, não é tanto a limitação, mas a direção de um agente livre e inteligente em seu próprio interesse, e só prescreve visando o bem comum daqueles que lhe são submetidos. Se eles pudessem ser mais felizes sem ela, a lei desapareceria como um objeto inútil; não é confinando alguém que lhe tornamos inacessíveis os lodaçais e os precipícios. De forma que, mesmo que possa ser errada, a finalidade da lei não é abolir ou conter, mas preservar e ampliar a liberdade. Em todas as situações de seres criados aptos à lei, onde não há lei, não há liberdade. A liberdade consiste em não se estar sujeito à restrição e à violência por parte de outras pessoas; o que não pode ocorrer onde não há lei: e não é, como nos foi dito, uma liberdade para todo homem agir como lhe apraz. (Quem poderia ser livre se outras pessoas pudessem lhe impor seus caprichos?) Ela se define como a liberdade, para cada um, de dispor e ordenar sobre sua própria pessoa, ações, possessões e tudo aquilo que lhe pertence, dentro da permissão das leis às quais está submetida, e, por isso, não estar sujeito à vontade arbitrária de outra pessoa, mas seguir livremente a sua própria vontade. (LOCKE, cap. IV, § 57)

Na verdade, sob a ótica liberal, não há nem uma “perda” da liberdade, pois você não dá de fato esse poder ao Estado coercitivo. Uma vez que essa jurisdição não atenda as finalidades de proteção contra a violência, o roubo, a fraude, a coerção de contratos, e assim por diante, dentro dos princípios minarquistas você poderia restituí-lo a fim de salvaguardar seus direitos. E, dentro da proposta liberal essa “perda”, na verdade é vista apenas como uma concessão, que pode ser retornada ao seu proprietário inicial a qualquer momento.

Outra coisa que Locke menciona é que a liberdade da qual nos referimos em uma sociedade organizada não é uma liberdade para se fazer o que bem entender. Ela, na verdade, é continuidade, agora na figura de uma instituição (e isso é muito

importante de se frisar) do direito natural, como o filósofo indaga: “Quem poderia ser livre se outras pessoas pudessem lhe impor seus caprichos?”. Em outra passagem desta mesma obra, o filósofo deixa claro, que essa liberdade irrestrita da qual os homens tanto reclamam, também não existia em um estado natural:

Entretanto, ainda que se tratasse de um “estado de liberdade”, este não é um “estado de permissividade”: o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. O “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão [...]” (LOCKE, Cap. II, §6).

Por isso, que para um liberal não existe esta incompatibilidade dicotômica entre ‘lei – liberdade’, mas sim o oposto, pois, sob essa ótica a lei é indispensável à segunda, tanto numa sociedade de natureza, em que a lei é natural, quanto numa sociedade de contrato, em quem a lei é escrita. Visto que o objetivo de uma lei não é abolir ou restringir, mas preservar e ampliar a liberdade, uma vez que, o indivíduo deve ser livre de restrição e violência por parte dos outros, o que não pode existir onde não há lei.

Desse modo, a lei aqui assume a conotação de liberdade e não restrição. É preciso que haja institucionalização de uma possível coerção que visa garantir a liberdade. É a salvaguarda de que todos terão os mesmos direitos. A lei é a unificação, aliás, diga-se de passagem, que um liberal aceita. Todos são iguais perante a lei. Oração pequena, mas com um simbolismo muito acentuado, visto da perspectiva liberal. Essa é na verdade a única igualdade aceita pela proposta liberal clássica.

Por isso, veremos ao longo de *A incompatibilidade entre os direitos fundamentais: uma crítica libertária*, que qualquer configuração estatal que destoa do Estado mínimo será, particularmente, criticada pelos liberais de tradição clássica. Na medida em que a igualdade sai do âmbito do tratamento igual de todos perante a lei, destoa também da proposta liberal de Estado. Em uma interpretação kantiana, o limite que a lei impõe a um indivíduo é a garantia da liberdade do outro.

Deste modo, ao se compreender que a normatização das ações configura-se numa das características mais marcantes do Sistema Representativo Liberal, entende-se, paralelamente, o sentido do conceito de liberdade. A lei é a delimitadora das condições

básicas para a coexistência dos indivíduos. A lei significa nesse sentido a condição da liberdade igual a todos os indivíduos socialmente organizados.

É preciso ressaltar que, não é por acaso que até aqui e durante o decorrer do trabalho será mencionada especialidades diferentes de saber, como História, Filosofia e Direito. Embora seja possível um estudo sobre esse tema por abordagens isoladas, buscaremos mesclá-las sempre que possível. Expliquemos.

Quando falamos de um determinado assunto, quanto mais campos distintos pudermos abranger, mais completa será a nossa análise. É nesse mesmo sentido que Friederich A. von Hayek (1985), filósofo e economista austríaco do século XX, acreditava que questões como as discutidas em Filosofia Política, só poderiam ser profícuas se abarcassem um número maior de especialidades, principalmente as concernentes ao Direito e à Economia. Para o autor de *Direito, Legislação e Liberdade*, era sempre limitada a análise por um único viés. As pesquisas precisam ser transdisciplinares³. Nas palavras do teórico:

Em nenhum outro campo o efeito nocivo da divisão em especializações é mais evidente do que nas mais antigas dessas disciplinas, a economia e o direito. [...] A mais grave consequência da fragmentação em especializações daquilo que constituía um único campo de estudo, no entanto, é ter ela originado uma terra-de-ninguém, uma disciplina nebulosa, por vezes denominada ‘filosofia social’. Algumas das principais controvérsias surgidas no âmbito dessas disciplinas giram, de fato, em torno de divergências sobre questões que não lhe são peculiares e, portanto, tampouco são por elas sistematicamente examinadas, sendo por esta razão consideradas ‘filosóficas’. Isso é usado muitas vezes como desculpa para a adoção tácita de uma posição que supostamente não exigiria nem seria passível de justificativa racional (HAYEK, 1985, p. XLIII-IV).

³ Usamos o termo transdisciplinar ao invés de interdisciplinar devido uma discussão elaborada pelo filósofo Edgar Morin. De acordo com esse pensador pensar interdisciplinaridade é sempre pensar uma ciência mestra que se auxilia das outras para a elaboração do seu ofício, tendo nessas uma experiência secundária. O pensador vê nas ciências atuais uma lógica da disjunção, ou seja, na incompatibilidade de uma ciência e outra trabalharem nos mesmos problemas. Bem, os campos científicos quando se entrelaçam não são assim. Não se sabe exatamente qual é a contribuição exata de cada ciência para uma determinada pesquisa. No nosso trabalho, por exemplo, embora seja defendido dentro de um programa de Filosofia, a relação que fazemos com a História, a Economia e o Direito são tão importantes quanto a própria área em questão. Para saber mais ler a obra MORIN, E. *7 saberes da Educação do Futuro*. São Paulo: Cortez, 2000.

Trazer novos olhares para as discussões sobre política está sendo desde o início deste trabalho, nosso maior objetivo. Ora, esse é o papel basilar do pensamento filosófico, não? Quando todos estão num mesmo itinerário, o filósofo se pergunta: Ora, por que não aquele outro caminho? Esse se constitui um dos papéis mais caros da contribuição da filosofia para a humanidade.

Destarte, buscamos trazer a tona alguns problemas da Filosofia Política atual com o viés minarquista. Mais detidamente, traçaremos um plano de questionamentos e respostas possíveis sobre alguns dos maiores problemas políticos vividos na nossa contemporaneidade, por meio da perspectiva liberal, fundamentada na defesa do Estado mínimo. Embora, hoje, reconheçamos a importância da teoria anarcocapitalista⁴ para os estudos de Filosofia Política Libertária, ela não será tema desse trabalho, o que não nos impede de fazer uma breve distinção entre o objetivo final das duas, uma vez que dará uma maior luz à teoria minarquista.

Para que esses esclarecimentos se realizem efetivamente é preciso que saibamos distinguir liberal clássico de liberal moderno e de um libertário. Três definições, que em um primeiro momento, podem parecer sinônimas, mas que na sua historicidade trazem com um peso conceitual divergente. Só após esses esclarecimentos, poderemos fazer outra distinção que é a referente a duas vertentes que ora convergem, ora divergem dentro da proposta libertária, a saber, as minarquistas e anarcocapitalistas. Desse modo, a pergunta inicial que se coloca é: qual a distinção entre liberal clássico e liberal moderno e, o que é libertarianismo/libertarismo?

Para Kukathas e Pettit (1995), os liberais podem dividir-se em dois grupos, a saber, os clássicos e os modernos. Nos clássicos, estão os pensadores liberais do século XVIII e princípios do século XIX, que tinham como premissa básica o Estado mínimo. Esses afirmavam que o único papel do Estado consistia em fornecer proteção de direitos à propriedade privada e à liberdade individual. Já os que defendem uma ação mais substancial do Estado, são tidos como liberais modernos. Esses, segundo os autores, surgem no fim do século XIX, afirmando que o Estado deveria se preocupar também com questões como a pobreza, a falta de habitação, a doença-saúde, as carências educacionais e outras questões semelhantes (KUKATHAS; PETTIT, 1995, p. 92). É

⁴ Cf. Thoreau, 'O melhor governo é o que governa menos' – aceito entusiasticamente esta divisa e gostaria de vê-la posta em prática de modo mais rápido e sistemático. Uma vez alcançada, ela finalmente equivale a esta outra, em que também acredito: 'O melhor governo é o que absolutamente não governa', e quando os homens estiverem preparados para ele, será o tipo de governo que terão. Na melhor das hipóteses, o governo não é mais do que uma conveniência, embora a maior parte deles, seja normalmente inconveniente – e, por vezes, todos os governos o são (THOREAU, 2014, p. 7).

preciso ressaltar que embora sejam denominadas liberais, as duas correntes possuem pontos de partida divergentes.

Assim, na literatura norte-americana, devido a essa distinção teórica, os liberais que defendem no máximo o Estado mínimo (há os que rejeitam qualquer forma de Estado, veremos a seguir) fundamentado nos liberais clássicos passaram a se denominarem libertários. Em contrapartida, o termo liberal na modernidade passou a significar o discurso proponente da defesa de um Estado mais substancial que garanta direitos para além da liberdade individual e propriedade privada, tidos como direitos positivos. Eles são ainda liberais, pois acreditam na prerrogativa da liberdade individual, mas pensam que eles requerem uma necessidade mais substancial dos direitos sociais para garantir os direitos de primeira geração.

De acordo com Carlos Henrique Cardim (1999), na apresentação à obra *O liberalismo político* de John Rawls, os conservadores norte-americanos entendem o termo liberal como sinônimo de socialista⁵. Para autor, nos EUA nunca houve um movimento expressivo com as prerrogativas em favor da criação de qualquer espécie de Estado empresário, assim, a corrente forte (*liberal* em grande medida identificada com o Partido Democrata) caracteriza-se pela adoção de mecanismos oficiais destinados a promover a elevação de padrões de renda da minoria que não consegue fazê-lo através do mercado. Ou seja, a implantação de um sistema político que aceita as liberdades individuais e ao mesmo tempo luta por um direito que garanta algumas necessidades mais substanciais como é o caso de programas sociais como o *New Deal* de Roosevelt (1933-1937) e *Great Society* de Lyndon Johnson (1963-1964).

Essa é a origem da separação, entre liberais modernos e liberais clássicos, o que acarretará uma cisão entre liberais modernos e liberais clássicos, a partir de agora, denominados, no nosso trabalho e na literatura sobre o assunto, de libertários. Contudo, precisamos inserir essa discussão terminológica geográfica e temporalmente nas nossas discussões e, em se tratando de Brasil a acepção do termo liberal segue o modelo europeu e não o norte-americano. Quando se remete contemporaneamente ao termo liberal e suas ramificações, refere-se aos pensadores e políticos que defendem no máximo o Estado mínimo, ou seja, defesa do livre mercado e contrários à intervenção estatal exacerbada e planejamento econômico.

⁵ Cf. Cardim (1999), “O socialismo ocidental, embora acalentasse a ilusão da sociedade sem classes e lutasse pela estatização da economia, sempre se ateu aos limites impostos pelo sistema democrático representativo (ao contrário do socialismo oriental, que aderiu ao totalitarismo e passou a ser conhecido como comunismo, justamente para não confundi-lo com o socialismo).” (CARDIM, 1999, p.5).

No Brasil, o termo liberalismo tido como clássico recebe uma nova denominação, a saber, neoliberalismo. É tido como um termo academicamente solidificado, que tem ganhado destaque, em diversas obras sobre o assunto para se referir a teóricos ou políticos contemporâneos que seguem a doutrina clássica do liberalismo. Dito de outra forma, o consenso se dá na utilização desse termo para explicitar os liberais pós segunda metade do século XX que defende os ideais do Estado mínimo⁶. Seriam pensadores e/ou políticos de viés liberal a partir do pós II Guerra Mundial que defendem as ideias liberais clássicos⁷; uma nova forma de liberalismo. Contudo, a terminologia é equivocadamente utilizada. Embora apareça em livros didáticos para o ensino regular, livros que buscam explicar o conceito⁸ e dicionários a utilização do conceito neoliberal para designar um pensador com os ideias liberais clássicos é errônea, pois não nos faz remeter a esse conceito, mas sim a uma nova ordem de pensamento. Vejamos mais detidamente o porquê à utilização do termo é indevida.

De acordo com a gramática normativa⁹, o prefixo greco-latino *néo* traz em si a designação de novo ou de atualizado¹⁰. Mais detidamente, a antecedência desse elemento mórfico faz com que o vocábulo, aqui em questão, ‘liberalismo’, ganhe outra conotação, como de nova doutrina ou teoria nova. Em termos gramaticais, chamamos essa construção linguística de neologismo, no caso, neologia prefixal¹¹, uma vez que a

⁶ De acordo com Reginaldo C. Moraes (2001), “Aquilo que se tem chamado de neoliberalismo, como dissemos, constitui em primeiro lugar uma ideologia, uma forma de ver o mundo social, uma corrente de pensamento. Desde o início do século XX podemos ver tudo isso apresentado por um de seus profetas, o austríaco Ludwig von Mises (1881-1973). Mas é um discípulo dele, que terá o papel de líder e patrono da causa. Seu *O caminho da servidão*, lançado em 1944, pode ser apontado como um manifesto inaugural e documento de referência do movimento neoliberal.” (2001, p. 13).

⁷ De acordo com o dicionário *Universal: novo dicionário da língua portuguesa conforme acordo ortográfico* (2008), *liberalismo* é um substantivo masculino que designa: “nova forma de liberalismo que reserva para o Estado uma intervenção muito limitada nos assuntos econô[m]icos.”

⁸ Cf. Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins em sua obra *Filosofando: Introdução à Filosofia*, o termo *neoliberalismo* aparece como subtítulo explicativo para o capítulo 27 intitulado *O liberalismo contemporâneo*. De acordo com as autoras a expressão em questão remete principalmente, aos liberais da segunda metade do século XX que se organizaram em contraponto à economia planejada, vigente em alguns países do lado oriental do globo. Nas palavras das autoras “Desde a década de 1940, alguns teóricos, como o austríaco Friedrich von Hayek (1899-1992), defendiam o retorno às medidas do livre mercado. Antikeynesiano por excelência, Hayek acusava o Estado previdenciário de paternalista, referindo-se à “miragem da justiça social”. Os neoliberais retomaram, então, o ideal do Estado minimalista, cuja ação restringe-se a policiamento, justiça e defesa nacional. O que, segundo eles, não implica o enfraquecimento do Estado, mas ao contrário, seu fortalecimento, já que se pretende reduzir seus encargos. [...] A partir da década de 1980, os Estados Unidos e a Inglaterra representaram uma nova onda neoliberal.” (2009, p. 337)

⁹ BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37 ed. rev., ampl. e atual. Conforme o novo Acordo Ortográfico. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009;

¹⁰ MICHAELIS, 1998; UNIVESAL, 2008.

¹¹ CASTILHO, Ataliba T. de. *Nova gramática do português brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Contexto, 2010.

junção do prefixo *neo* à palavra ‘liberalismo’ forma o novo vocábulo: *neoliberalismo*. A partir daí a palavra ganha morfológicamente novo significado, diferente do que ela tinha no momento anterior, mesmo que parta do mesmo radical.

Ao mesmo tempo, nem Mises¹² nem Hayek¹³ (dois dos maiores expoentes do liberalismo no século XX) se denominaram ‘neoliberais’, pois não acreditavam existir grandes alterações estruturais entre as suas ideias e as dos seus idealizadores clássicos a ponto de romperem os seus antecessores. Buscavam basicamente limitar a forte intervenção do Estado na economia e também na vida das pessoas, pois acreditam na capacidade racional dos indivíduos de fazerem escolhas, salvo em situações de violação da liberdade de outros indivíduos. Esperam que usem o seu livre arbítrio para a tomada de decisões, mesmo que isso implique em lhes causar o próprio mal, pois acreditam que indivíduos devem de fato ser livres até mesmo para fazerem escolhas erradas e arcar com essas escolhas. Defendem assim os clássicos, como Adam Smith, por exemplo, que o progresso da humanidade acontecerá somente por meio da livre iniciativa, tanto no campo sócio-político quanto econômico. Confiam que, com menos burocracia estatal, teríamos uma legislação trabalhista mais flexível o que faria com que existisse maior liberdade nos contratos, conseqüentemente, maior empregabilidade, paralelo a um maior incentivo ao comércio. Também são favoráveis a redução de impostos no âmbito nacional e internacional. Enfim, nada além do que os ideais que, tanto na filosofia, quanto na economia, os liberais clássicos não defendessem.

Desse modo, como este trabalho busca apresentar os liberais pelos liberais, nos propomos a utilizar a terminologia ‘libertários’ quando quisermos fazer distinção entre os liberais norte-americanos e ‘liberais’ e/ou ‘liberais clássicos’ quando estivermos analisando a literatura europeia e latina americana. Porém precisamos nos aprofundar melhor entre as distinções dentro do próprio liberalismo contemporâneo.

Agora, podemos responder a segunda parte da pergunta inicial: o que é libertarismo/libertarianismo? É preciso esclarecer rapidamente, que sobre o termo libertário, existem várias denominações possíveis para enquadrá-los¹⁴. Não foi o objetivo dessa pesquisa elaborar uma taxionomia sobre o termo libertário. Portanto,

¹² Mises escreve em meados da década de 80 do século XX a obra *Liberalismo* para esboçar os princípios clássicos dessa doutrina para os pensadores e/ou políticos do século XX.

¹³ Hayek, por exemplo, em sua obra *O caminho da servidão* que é considerada a grande obra do pensamento liberal do século XX, a palavra “liberalismo” aparece 43 vezes, enquanto “neoliberalismo” não aparece nenhuma.

¹⁴ Por exemplo, na Europa o termo libertário esteve durante muito tempo associado ao conceito de anarquia, contudo, por conter em sua etimologia uma prerrogativa muito intensa, os anarquistas europeus intitulam-se libertários.

neste trabalho a terminologia deve ser compreendida como são entendidos aqui. Mais detidamente, libertário como um indivíduo, ou corrente que se propõe à defesa do governo limitado, como o regulador do poder coercitivo fundamental, a fim de fazer valer os contratos, restringindo sua atuação a proteção contra a violência, o roubo, a fraude e a coerção de acordos, e, outro grupo que vê no Estado, até mesmo na sua mais ínfima organização, uma coerção aos direitos individuais, pois, ele próprio feriria o princípio basilar da liberdade negativa. Os primeiros são denominados, libertários minarquistas e possuem um legado clássico significativo em nomes da filosofia política liberal, como, por exemplo, John Locke, Adam Smith e também contemporâneos, como Robert Nozick e Ayn Rand.

Na outra frente, encontramos os chamados libertários anarcocapitalistas, libertários anarquistas, anarquistas de propriedade privada ou ainda anarquistas de livre mercado¹⁵. Seu legado também se inicia no liberalismo clássico, porém assumem uma versão mais radical da proposta adotada até então, extinguindo toda e qualquer possibilidade da existência do Estado. Outra vertente com bastante influência no pensamento anarcocapitalista é o anarcoindividualismo com bases em pensadores como Henry David Thoreau. Na contemporaneidade a vertente anarcocapitalista ganha corpo nos escritos de Murray Rothbard e David Friedman¹⁶.

Os libertários minarquistas e os libertários anarcocapitalistas se diferem estruturalmente pela argumentação de seus princípios. De acordo com Edward Stringham (2007), tanto o minarquista quanto o anarcocapitalista notam uma profunda deficiência do governo em detrimento do livre mercado. Contudo, os primeiros, veem nas restrições da ação política do Estado uma solução para essa carência.

Já os anarquistas libertários acreditam que a realização do ideal moral dos direitos individuais só seria completa se o Estado de fato não existisse. Mais detidamente, os denominados anarcocapitalistas, preveem a extinção total do Estado Moderno. Ora, para um libertário anarcocapitalista a doutrina dos direitos naturais não abre precedentes para a interferência de terceiros sem a violação direta à sua liberdade individual.

¹⁵ Termos conferidos na obra de Edward P; Stringham, *Anarchy and the Law*. De acordo com o autor “Private-property anarchism – also known as anarchist libertarianism, individualism anarchism, or anarcho-capitalism”. In: <http://ssrn.com/abstract=1768172>. Data de acesso: 05/10/2015.

¹⁶ De acordo com Ronald Hamowy na sua obra *The Encyclopedia of Libertarianism* “[...] anarcho-capitalists point to the 19th-century American West, medieval Iceland, and Anglo-Saxon England” (2008, p.13).

Como dito anteriormente, este trabalho não abordará questões relacionadas a essas respostas anarquistas de livre mercado. O motivo se dá devido à extensão de um trabalho dissertativo. Embora seja uma temática muito interessante, a proposta anarcocapitalista e minarquista, trabalhadas juntas, renderiam uma discussão muito mais trabalhosa. Por isso, preferimos deixar para outro momento. Assim, a partir de agora, interessam ao nosso trabalho, os libertários que defendem o a limitação do Estado.

Sobre esses libertários que defendem o um governo limitado, precisamos dizer que existem duas divisões, a saber, os libertários pragmáticos e os libertários que se baseiam em princípios. De acordo com Kukathas e Pettit (1995), os libertários pragmáticos defendem o Estado limitado por uma questão utilitarista. Mais detidamente, não vêem que uma restrição total a liberdade individual seja possível, portanto, admitem a existência do Estado, mas em sua forma mínima, pois essa seria a mantenedora dos direitos individuais. Esse libertário pragmático não pensa que indivíduos portem direitos, ou que esses direitos sejam inerentes à humanidade, mas acredita que seja um construto social. Mas uma construção que garante uma sociedade pacífica e prospera. De acordo com os autores:

Os libertários pragmáticos defendem o Estado mínimo, não porque os direitos que protege são sacrossantos, mas porque uma prática que se restringe à proteção de tais direitos tem outros méritos. Alguns como F. A. Hayek, afirmam que só uma prática mínima deste tipo tomaria exequíveis certos benefícios (KUKATHAS; PETTIT, 1995, p. 93).

Já os libertários que se baseiam em princípios, distinguem-se dos pragmáticos pelo fato de considerarem os direitos que o Estado mínimo protege como direitos naturais ou fundamentais (KUKATHAS; PETTIT, 1995).

De acordo com as premissas libertárias, qualquer ação do Estado para proibir um indivíduo de praticar ações que concerne somente a sua mente e corpo são violação do direito individual de escolha. Desde que os indivíduos sejam responsáveis por suas escolhas e as consequências advindas dela sem violar a redoma da liberdade do outro, o Estado não possui direito nenhum de dizer o que o indivíduo pode ou não fazer. Um segundo momento do Estado Moderno em que o libertário vê uma violação de direitos é no que se refere às legislações sobre a vida privada. Os libertários são totalmente contra qualquer ação do Estado que vise legislar sobre a moral. Indivíduos adultos e

conscientes devem fazer o que quiserem com as suas vidas. Aqui podem ser englobadas questões como casamento entre pessoas do mesmo gênero e prostituição, por exemplo. Para um libertário embora moralmente algumas dessas atividades possam ser contrárias aos credos de uns ou de outros, o Estado não tem o direito de usar de sua maquinaria para promover noções de virtudes, cabendo-as aos próprios indivíduos, livres e conscientes de seus atos.

E, por fim, os libertarianos acreditam que o Estado não deva interferir a fim de trazer mais igualdade, pois, de acordo com essa concepção qualquer medida que vise equilibrar um desequilíbrio natural, faz com que uns (minorias ou majorias) sejam tratados diferente dos outros, ele não vê problema nenhum na desigualdade desde que ela siga dois princípios claros de justiça distributiva, a saber, a) justiça na transferência e b) justiça na aquisição das posses¹⁷. Duas então são as perguntas que devemos fazer para saber se a transferência e a aquisição são justas. 1) A posse do bem em questão possui origem legítima? 2) O bem adquirido foi obtido por meio de transações voluntárias? Se conseguirmos responder essas duas questões assertivamente, então a desigualdade se fez de forma legítima. Tendo em vista as três diretrizes promulgadas pelo Estado Moderno, para um libertário minarquistas as ações do Estado só se justificam na medida em que faz com que indivíduos cumpram contratos, protege pessoas contra a força física, contra o roubo ou a fraude.

Desse modo, é necessário aqui fazer algumas considerações de ordem prática que ajudarão você, leitor, a se orientar no texto que virá. O primeiro capítulo tem o objetivo de tornar-se um manual conceitual. O conceito de liberdade para um libertário, bem como liberdades positivas e negativas serão explicitados aqui. Portanto é um capítulo estritamente filosófico e importante para a compreensão dos conceitos que virão na sequência.

Já o capítulo II consiste em uma investigação do Direito Constitucional brasileiro a partir do método comparado pelo critério temporal. É um capítulo basicamente histórico. Nele faremos um estudo comparativo/descritivo baseado no cotejo de diferentes Cartas que permearam a História Constitucional do país. Por meio de uma confrontação vertical, entre 1824 a 1988¹⁸, pretendemos mostrar que embora tenhamos historicamente validado alguns direitos positivos, ao longo do tempo, a

¹⁷ Nozick vê ainda um terceiro princípio. Nessa dissertação iremos nos basear, sobretudo, na teoria da justiça de Nozick.

¹⁸ A Constituição de 1988 será mais bem trabalhada no Capítulo III.

Constituição no seu objetivo primordial tinha por interesse apenas a salvaguarda dos direitos individuais diante do poder soberano, é o que chamamos de direitos negativos. Esse processo histórico é importante, pois, será por meio dele que adentraremos as questões de Filosofia Política. Nas gerações dos direitos (embora seja uma classificação didática), vemos que ao defender o princípio da dignidade humana, estamos necessariamente defendendo o direito de um indivíduo de ser um fim em si mesmo. Mais detidamente, vemos que terceiros não podem adquirir propriedade sobre ele, pois feriria esse princípio em si. Portanto, qualquer direito mais substancial constitucional inviabiliza esse primeiro princípio, as gerações de direitos são incompatíveis entre si. Veremos se é possível haver uma possibilidade (rejeitamos a teoria da ponderação, uma vez que ela tem por base que não existe direito absoluto), de agregação das diversas esferas dos direitos fundamentais sem que as liberdades individuais sejam violadas.

No Capítulo III abordaremos dentro da Constituição de 1988, o que chamaremos de problema da Unicidade Constitucional. Aqui vemos uma antinomia entre os direitos de dignidade humana e os direitos sociais. Traçaremos um plano crítico ao princípio da teoria da ponderação, pois ele encontra-se entre os argumentos da justificativa para a confluência entre direitos de dignidade humana e direitos sociais. Buscaremos mostrar os entraves que podem ocorrer na adoção desse princípio uma vez que, parte de toda a subjetividade do exegeta. Destarte, ao questionarmos os direitos fundamentais a partir da segunda geração, temos em mente, que essa unicidade jurídica não existe. Sempre haverá uma perda quando chocados dois ou mais direitos fundamentais. Para a teoria libertária minarquista dos direitos, mesmo o princípio da ponderação, que é uma das justificativas dentro do direito para os não-conflitos entre uma ou mais gerações de direito é em si altamente subjetiva, pois depende da interpretação do exegeta quando for ponderar em favor de um e detrimento de outro. Dois ou mais juristas terão motivações subjetivas para escolhas de quais princípios serão ressaltados em suas decisões.

2. O CONCEITO DE LIBERDADE PARA UM LIBERTÁRIO

“A liberdade, tanto social como política é um dos mais antigos e, prima facie, um dos mais inteligíveis ideais humanos.”

Isaiah Berlin

A liberdade a ser trabalhada nesse capítulo, possui um caráter social e político, o que significa que ao analisarmos o conceito de liberdade para um libertário temos em mente o obstáculo causado ou não, especificamente, por alguém, ou uma instituição que o represente. É necessário esse esclarecimento de início, uma vez que, é muito comum a confusão sobre a ausência de liberdade causada por alguma coisa ou entes da natureza e não por alguém. Dito de outra maneira, ao se objetar a liberdade política e social trabalhada por um liberal, é manifesta à discussão associada à coação de caráter natural. Isto é um equívoco, pois elas possuem naturezas diferentes.

Quando se indaga que um indivíduo não é livre porque não consegue realizar a sua vontade de voar, por exemplo, não nos damos conta de que esse tipo de liberdade discutida aqui são leis de necessidade natural, das quais estão intrínsecas no processo existencial da humanidade. Por isso, não estamos dizendo liberdade irrestrita além dos limites naturais do ser humano. Dentro do liberalismo você é livre, possui o livre arbítrio para pular de um prédio de 21 andares, mas não é livre das condições naturais impostas a você. Caso não esteja com um paraquedas ou qualquer outro instrumento que o possibilite evitar a queda abrupta consequente da lei gravitacional, você provavelmente sofrerá os danos da sua liberdade. Há uma restrição, mas não como impedimento de alguém. Um homem que deseja voar, na verdade, não é *proibido* de fazê-lo, assim como um adoentado na cama não é proibido de andar. Isaiah Berlin explica que:

A mera incapacidade de fazer uso de algo que outros não estão impedido ninguém de usar – digamos, um defeito biológico ou mental do futuro usuário, ou uma inabilidade para alcançar seu intento por alguma razão física ou geográfica – não é certamente considerada, como tal e em si mesma, uma forma de não liberdade ou “escravidão”. (BERLIN, 2009, p. 220)

O fato é que, não dizemos que a pessoa é menos livre por não poder fazer algo que fisicamente ela não conseguiria por uma força maior. Também não culpamos ninguém pelo fato de uma pessoa não poder realizar o seu desejo de voar, dado que ninguém ou nenhuma instituição criada pelo homem está obstaculizando esse desejo.

Segundo Isaiah Berlin (2009), é quando usamos a palavra ‘liberdade’ como sinônima de ‘poder’ que caímos nesse equívoco, dado que o ‘não poder’ caracteriza que estamos impedidos de realizar algo. Todavia, esse obstáculo se dá exclusivamente por uma *force majeure* da qual ninguém é culpado. Já a restrição da qual trata a filosofia política advém do uso de obstáculos de terceiros, dando a entender que alguém ou alguma instituição normativa está impedindo que o sujeito da ação alcance o seu fim desejado. Logo, a liberdade da qual tratam os filósofos políticos liberais não se correlaciona com a liberdade do âmbito natural.

Thomas Hobbes já havia argumentado nesse sentido, fazendo uma distinção entre o ‘poder’ e a ‘liberdade’. Para o filósofo é preciso o esclarecimento de que o ‘não poder’ não está diretamente relacionado à ausência de liberdade, mas sim a natureza da própria coisa em si. Para o autor, sempre que se aplicam as palavras livre e liberdade a qualquer coisa que não é um corpo há um abuso de linguagem. Não necessariamente algo que não se encontra sujeito ao movimento está sujeito a impedimentos. Na segunda parte da obra *Leviatã*, tratando da liberdade dos súditos Hobbes afirma que:

[...] tudo o que estiver amarrado ou envolvido de modo a não poder mover-se senão dentro de um certo espaço, sendo esse espaço determinado pela oposição de algum corpo externo, dizemos que não tem liberdade de ir mais além. E o mesmo se passa com todas as criaturas vivas, quando se encontram presas ou limitadas por paredes ou cadeias; e também das águas, quando são contidas por diques ou canais, e se assim não fosse se espalhariam por um espaço maior, costumamos dizer que não têm a liberdade de se mover da maneira que fariam se não fossem esses impedimentos externos. Mas quando o que impede o movimento faz parte da constituição da própria coisa não costumamos dizer que ela não tem liberdade, mas que lhe falta o poder de se mover; como quando uma pedra está parada, ou um homem se encontra amarrado ao leito pela doença. (HOBBS, s/d, cap. XXI, § 1)

Talvez aqui uma melhor compreensão do conceito de restrição e coerção nos fará ter um melhor entendimento da prerrogativa defendida dentro do liberalismo político. Quando ao conceito de restrição, parece não surgir muitos inconvenientes quando pensado a partir do seu âmbito físico. Mais detidamente, um sujeito não se torna livre quando é restringindo por outro direta ou indiretamente em sua pessoa. Sendo assim, perde a sua liberdade aquele que é restrito de alguma forma em que anteriormente era livre dentro da sua esfera de ação.

Já o conceito de coerção abrange um maior sistema de ações que poderiam implicar alguns problemas para a definição de liberdade dentro do âmbito jurídico filosófico que não possuem uma solução tão fácil quando comparado a restrição. Por coerção entendemos, assim como Hart (1955), o impedimento de ação das escolhas feitas por um indivíduo. Nas palavras do filósofo:

Coercion includes, besides preventing a person from doing what he chooses, making his choice less eligible by threats; *restraint* includes any action designed to make the exercise of choice impossible and so includes killing or enslaving a person. But neither coercion nor restraint includes *competition*¹⁹. (HART, 1955, p. 175)

Deste modo, Hart complementa nossa revisão literária compreendendo a restrição no sentido físico assim como os demais autores aqui citados. Restrição faz com que determinada escolha do indivíduo não seja executada, uma vez que você a prende, escraviza, mata etc. Porém, também inclui o conceito de coerção, em que o filósofo classifica como uma atitude que torna a escolha que aquele indivíduo faria como algo menos elegível. Um bom exemplo a esse respeito seria a ameaça como consequência de determinada ação que esse sujeito executaria se fosse livre. Ao ameaçar esse indivíduo de morte, por exemplo, segundo Hart, você estaria coagindo-o e não o restringindo.

Ao abordar essas classificações Hart pretendia mostrar que nem a coerção, nem a restrição de fato incluem competição. Ao realizar essa afirmação, o filósofo aponta

¹⁹ “Coerção inclui, além de impedir um indivíduo de realizar o que ele escolhe, tornar suas escolhas menos elegíveis por meio de ameaças; restrição inclui qualquer ação destinada para tornar impossível o exercício da escolha, e assim, incluindo matar ou escravizar uma pessoa. Mas nem a coerção nem a restrição incluem competição ou concorrência.” Tradução livre e grifos do autor.

que competir com alguém, não causaria nenhum dano a terceiros. Mais detidamente, não o tornaria menos livre, mesmo que isso incluía paralelamente tornar as escolhas mais limitadas. Os testes seleção do mercado de trabalho nos fornecem um exemplo. O fato de eu me candidatar para uma determinada vaga em que existem outros tantos indivíduos concorrendo a ela, não faz dos não aprovados (inclusive eu), menos livre. Não há uma restrição ou coação da minha liberdade de ação ou escolha, mas sim uma escassez de possibilidades, uma vez que havia apenas uma vaga.

É preciso ressaltar esse ponto, para não cairmos na confusão de acreditar que possuir menos opções nos torna menos livre. Liberdade não está relacionada com o número de alternativas disponíveis para realizar determinados fins. O fato de eu e outras pessoas termos como alternativa uma única vaga ao nosso dispor, não torna o único aprovado um infrator da nossa liberdade: “[...] neither coercion nor restraint includes *competition*”. É o fato da escassez de vagas que faz com que os não aprovados sejam frustrados.

Assim sendo, é diferente dizer, por exemplo, que 1) a porta está trancada e o indivíduo está impossibilitado de sair, ou, 2) existe uma coação de danos caso o indivíduo realize determinada ação, de 3) o indivíduo ser ter menos possibilidades de escolhas devido a sua condição social. Na primeira proposição, existe de fato uma barreira física impedindo o ir e vir do sujeito, visto que há existência de interferência ou opressão, deliberada ou não. O sujeito encontra-se impedido de movimento, que no caso, ir para além da porta. Na segunda existe a possibilidade de um dano a integridade física ou moral de um indivíduo o impossibilitando de agir. Já na terceira proposição não há impedimento de terceiros, mesmo que as opções existentes sejam menos elegíveis do que a de outros sujeitos sociais.

Aqui, como menciona Hart (1955), pode até se tornar pedante a distinção que pretendemos fazer, mas ainda assim fundamental de que mesmo em caso de fome extrema esses sujeitos ainda são livres, pois não há impedimentos de terceiros. Esse é o mal de se confundir ‘poder’ e ‘liberdade’, já mencionado por Berlin e Hobbes nesse capítulo. Nas palavras do filósofo:

Further, freedom (the absence of coercion) can be *valueless* to those victims of unrestricted competition too poor to make use of it; so it will be pedantic to point out to the that though starving the are free. This is the trust exaggerated by the Marxists

whose *identification* of poverty with lack of freedom confuses two different evils²⁰. (HART, 1955, p. 175)

É nesse âmbito que se entende a liberdade no seu aspecto político e social, dado que o sujeito deixa de conseguir seu objetivo por causa da interferência de outras pessoas. Agora, identificar pobreza com falta de liberdade já é uma confusão, que além de um simples equívoco de conceituação, ainda traz o inconveniente de restringir a liberdade de um grupo para assegurar algo que, de fato, não seria assegurado substancialmente para outro. Portanto, uma coisa é a pobreza, outra a liberdade.

Nozick caminha nesse mesmo sentido quando discorre sobre as trocas voluntárias. O filósofo nos coloca o cenário de um grupo de pessoas que possuem o interesse em casar-se. De acordo com ele, imagine que existam 26 pessoas do sexo feminino e 26 pessoas do sexo masculino que pretendem se casar entre si, de maneira que cada homem escolha uma mulher e vice-versa, distribuídos entre A e Z e entre A' e Z' (A a Z: homens; A' a Z': mulheres), como o esquema a seguir:

Homens	Mulheres
1 – A	1 – A'
2 – B	2 – B'
3 – C	3 – C'
[...]	[...]
12 – L	12 – L'
13 – M	13 – M'
14 – N	14 – N'
[...]	[...]
24 – X	24 – X'
25 – Y	25 – Y'
26 – Z	26 – Z'

²⁰ “Mais especificamente, liberdade (a ausência de coerção) pode até *não ter valor* para aquelas vítimas de uma competição irrestrita por serem muito pobres para fazer uso dela; assim será pedante apontar que embora morrendo de fome elas sejam livres. Esta é a verdade exagerada pelos Marxistas cuja *identificação* de pobreza com falta de liberdade confunde dois diferentes males.” Tradução livre, grifos do autor.

Dispostos em ordem decrescente de acordo com as preferências pessoais, A e A' decidem voluntariamente casar-se, preferindo um ao outro mais a qualquer outro parceiro da lista. A partir daí temos um menor campo de possibilidades de escolha para os restantes, por exemplo, B que poderia escolher A' ou, B' que poderia escolher A' já não possuem essa possibilidade, uma vez que A e A' eliminaram-na. A mesma conjuntura se apresenta quando B e B' decidem nas opções possíveis casar-se entre si, limitando as opções de C, C', D, D', E, E'... Y, Y', Z, Z'. Aqui é preciso notar que o fato de B e B' ainda decidiram voluntariamente casar-se entre si mesmo com todas as outras opções possíveis ao seu alcance. Embora suas opções iniciais tenham sido frustradas, pois nem A, nem A' cooperação com os desígnios seus desígnios, suas escolhas não deixaram de ser voluntárias só porque tinham um leque menor de ação de A e/ou A'.

Nozick diz que a redução no número de opções prossegue escala abaixo até chegar a Z e Z', que se vêem diante da escolha de casar um com o outro ou permanecerem solteiros. Eles poderiam ter preferido qualquer uma das outras opções anteriores dos quais estavam dispostos a se casarem os 25 homens e as 25 mulheres, contudo foram frustrados devido às escolhas individuais tomadas pelos outros pretendentes fazendo com que a única opção de Z fosse Z' e vice-versa. Desse modo o filósofo conclui que:

O fato de que sua única alternativa é (do seu ponto de vista) muito pior, e o fato de que os outros decidiram exercer seus direitos de determinada maneira – dando forma, assim, ao ambiente externo de opções de Z e Z' – não significa que eles não se casaram voluntariamente. (NOZICK, 2011, p. 341)

Esta é a concepção que um libertário (via de regra), possui sobre a pobreza e a liberdade. Essas pessoas que decidiram casar-se entre si não violaram nenhum direito seu, pois o fato de ter menos opções não dá garantia de violação de direitos. Só daria, exemplificando, se houvesse a possibilidade de reivindicação daquele direito. Assim sendo, a pobreza não tira a liberdade de ação de um indivíduo, pois desde que não seja fruto de roubo ou fraude, ninguém pode reivindicar o direito de posse sobre os bens dos outros. Por isso um libertário vê que o tira a liberdade de ação de um indivíduo seria uma coação ou uma restrição. Mesmo que a pobreza faça com que as possibilidades de

um indivíduo sejam mais limitadas do que de outro mais abastado, não faz com que as ações desse primeiro ainda assim não sejam livres.

Na mesma linha de pensamento Berlin discorre que:

Quando a sua falta de liberdade é concebida como caracteristicamente social ou política, o que está implícito é que ele é impedido de conseguir, fazer ou ser algo específico por fatores sociais ou políticos, isto é, pela relação dos outros seres humanos com ele. São estes outros que de algum modo o estão impedindo de se comportar de certa maneira – e isso não apenas como criaturas tridimensionais no tempo e no espaço, não como um homem pode me impedir de chegar ao meu destino esbarrando acidentalmente em mim e quebrando a minha perna (nesse sentido ele estaria se comportando como qualquer outro pedaço de matéria no espaço – uma tora de madeira ou uma pedra), mas porque eles próprios estão se comportando de um modo que a nosso ver poderiam, se quisessem, evitar. (BERLIN, 2009, p.150).

Nesse sentido, tanto para Hobbes, quanto para Berlin ou para qualquer libertário, a pedra no caminho de Carlos Drummond só vai ter importância desde que tenha sido colocada deliberadamente a fim de impedir a passagem de terceiros. Mais detidamente, na medida em que ela deixa de ser um pedaço de matéria qualquer e passa a ser objeto de restrição premeditado impedindo que o sujeito realize a sua ação, é que ela será um objeto de estudo sobre liberdade em filosofia política. Do contrário, será apenas mais uma pedra no caminho e nada mais que isso.

Em outro artigo, Berlin²¹ argumenta que esses tipos de entraves de caráter natural não são, via de regra, percebidos como objetos diretos da ação política, nem como questões de princípio político; pois a política tem a ver com arranjos deliberados feitos por seres humanos dotados de capacidade perceptiva, preocupados com o grau de interferência que lhes é permitido exercer sobre a vida uns dos outros (BERLIN, 2009, p. 218).

Por isso, para um liberal clássico a falta de recursos financeiros não é vista como uma privação da liberdade. O fato de um indivíduo possuir menos do que outro não o caracteriza que o mais desprovido seja menos livre do que mais abastado, uma vez que,

²¹ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade: o romântico e o liberal. In: *Ideias políticas na era romântica: ascensão e influência do pensamento moderno*. (Org.). Henry Hardy. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 216-269.

não há obstaculização de sua ação. Este é um ponto em que liberais clássicos e libertários divergem bastante de socialistas e liberais modernos, e que faz com que esses últimos lutem pela introdução constitucional de direitos mais substanciais com a finalidade de garantir uma maior equidade material.

Para os socialistas e liberais modernos, a condição material de um sujeito interfere diretamente no grau de liberdade que este possui. Essa linha de raciocínio leva-os a inferir que os ricos por possuírem uma quantidade maior de bens totais da sociedade, os pobres por sua vez, ficariam com muito menos e devido a esse fato não podem aproveitar da liberdade que os caberia, privando assim, esses últimos²². Nessa perspectiva, Bill Gates (1ª posição de acordo com o *ranking* da *Forbes*) e/ou Jorge Paulo Lemann (19ª posição de acordo com o *ranking* da *Forbes*) por possuírem um maior acúmulo de bens materiais conseguem ter maior liberdade do que um indivíduo que foi menos favorecido pela ‘roda da fortuna’. Mais detidamente, essa linha de raciocínio leva a inferir que o dinheiro e as condições materiais seriam representativos da liberdade dos indivíduos.

Grande parte das medidas distributivas baseia-se nessa teoria. Aliás, nossa Constituição de 1988 é fruto dessa linha de pensamento²³. Equiparam ‘liberdade’ e ‘poder’, condicionando a falta da primeira pela limitação do segundo, mais detidamente, acreditam que é menos livre quem tem menos poder de ação em suas mãos, pois pensam a liberdade como número de disposição de meios. Assim sendo, esperam que ao dar condições para que os indivíduos tenham mais direitos substanciais estaríamos garantindo que ele tenha uma maior liberdade.

Em nossa análise, seguindo o ponto de vista liberal clássico, essa maior substancialidade além de ser um equívoco, uma vez que, ao se fazer isso estaríamos

²² A *Revista Forbes*, realiza todo ano o balanço das 500 pessoas mais ricas do mundo. De acordo com a revista (2016), existe hoje um total de 1810 bilionários somando um montante de 6,48 trilhões de dólares, que segundo a revista caiu do último ano para esse, em que essa riqueza concentrada encontrava os números de 7,05 trilhões de dólares. Ainda segundo as estatísticas divulgadas, 28 % dessas pessoas ricas no mundo concentram 64% da riqueza de todos os bilionários. In: <http://www.forbes.com/sites/kerenblankfeld/2016/03/01/forbes-billionaires-full-list-of-the-500-richest-people-in-the-world-2016/#b9093e96c24a>, Data de acesso: 01/10/2016.

²³ Cf. o Art. De número 195 “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro. II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incluindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201. III – sobre a receita de concursos de prognósticos. IV do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei equiparar. (BRASIL, 1988, p. 103)

misturando conceitos de naturezas diferentes, equalizando pobreza e liberdade como sinônimas. Porém, como diz Berlin em seu artigo *Two concepts of Liberty*, não é porque eu acredito que a minha incapacidade de conseguir um determinado bem, advém de arranjos de terceiros a ponto de que esses tenham dinheiro para obtê-lo e eu não, que sou vítima de coerção ou restrição. Para o autor, só poderíamos nos referir a pobreza como ausência de liberdade se, houvesse um arranjo social deliberado para isso. Nas palavras do historiador:

Mere incapacity to attain a goal is not lack of political freedom. This is brought out by the use of such modern expressions as ‘economic freedom’ and its counterpart, ‘economic slavery’. It is argued, very plausibly, that if a man is too poor to afford something on which there is no legal ban – a loaf of Bread, journey round the world, recourse to the Law courts – he is a little free to have it as he would be if it were forbidden him by law. IF my poverty were a kind of disease which prevented me from buying Bread, or paying for the journey round the world or getting my case heard, as lameness prevents me from running, this inability would not naturally be described as a lack of freedom, least of all political freedom. It is only because I believe that my inability to get a given thing is due to the fact that other human beings have made arrangements whereby I am, whereas others are not, prevented from having enough Money with which to pay for it, that I think myself a victim of coercion or slavery. In other words, this use of the term depends on a particular social and economic theory about the causes of my poverty or weakness²⁴. (BERLIN, 1958, p. 169-170)

²⁴ “A mera incapacidade de atingir um objetivo não é falta de liberdade política. Isso é percebido pelo uso de expressões modernas como ‘liberdade econômica’ e a sua contraparte ‘escravidão econômica’. É argumentado, muito plausivelmente, que se um homem é pobre demais para comprar algo, sob o qual não há nenhum banimento legal – um pedaço de pão, uma viagem ao redor do mundo, recurso a corte legal – ele é tão pouco livre para tê-los como ele seria se fosse proibido por lei. Se a minha pobreza fosse um tipo de doença que me impedisse de comprar pão, ou de pagar pela viagem ao redor do mundo, ou de ter o meu caso ouvido numa corte, como a manquidão de impede de correr, essa incapacidade não seria naturalmente descrita como uma falta de liberdade, ainda menos como falta de liberdade política. Somente porque eu acredito que a minha incapacidade para obter uma certa coisa é devido ao fato de que outros seres humanos fizeram arranjos pelos quais eu sou, enquanto outros não são impedidos de ter dinheiro suficiente com que pagar por essa coisa que eu me acho vítima de coerção. Em outras palavras esse uso do termo depende de uma teoria econômica e social particular sobre as causas da minha pobreza. (BERLIN, 1957, p. 169-170, tradução livre)

Para a perspectiva liberal, um indivíduo pobre é livre na mesma medida em que Gates/Lemman, uma vez que a liberdade está correlacionada à capacidade que ambos têm de agir sem serem coagidos. Nesses moldes, como já dito, o mendigo por natureza, é livre na mesma medida que um Paulo Lemann ou um Bill Gates, pois, o que tiraria a liberdade tanto do primeiro, quanto dos segundos, seria algum obstáculo humano deliberado. Se não há nenhum impedimento, há liberdade.

É uma violação deliberada, porque intencionalmente busca-se adentrar a esfera da liberdade de um indivíduo além da que ele permitiu. Por exemplo, por mais que Bill Gates e Paulo Lemann tenham uma fortuna significativa, da qual, 1(um) milhão de dólares/reais fariam muito mais diferença na vida de cem pessoas pobres do que na deles (o que justificaria conforme essas correntes a violação constitucional em algum grau da liberdade deles de ficarem com esse dinheiro) não seria justo perante a lei que eles sofressem uma coação maior do que outros em algo que eles não optaram livre e espontânea vontade em participar. Quando você tira esse dinheiro dessas pessoas você está fazendo isso por meio de uma ameaça a sua integridade física, ao passo que eles não obtiveram esses recursos por meio de ameaças.

Robert Nozick (2011), em seu livro *Anarquia, Estado e Utopia*, tece um exemplo bem ilustrativo a esse respeito que poderia ser apresentado como um experimento de pensamento afim de que se visualize esse panorama de distribuição obrigatória consentida pelo Estado. De acordo com o autor, cada indivíduo possui gostos próprios. Eu, por exemplo, gosto de gastar minhas horas livres tomando café expresso, vinho e indo ao cinema. Outras pessoas poderiam usar o seu tempo livre viajando, outro correndo/caminhando no parque e outro apenas contemplando o por do sol. O fato é que cada uma dessas atividades requer um gasto monetário diferente. Independentemente dos prazeres, uns gastam mais, outros menos ou até mesmo nada.

Nozick (2011) aponta para o fato que esse indivíduo que possui seus gostos em lazeres mais sofisticados como tomar um café expresso, vinho, indo ao cinema e/ou viajando, terá, conseqüentemente, uma carga horária maior de trabalho para além daquela que satisfizesse suas necessidades básicas a fim de conseguir realizar suas vontades. Ou seja, ao invés de aproveitar o tempo livre para ficar em casa, assistindo televisão, por exemplo, esse indivíduo terá que usar esse tempo livre para obter recursos para os seus prazeres. Em contrapartida, o sujeito que gosta de correr/caminhar no parque e/ou ver o por do sol não precisará trabalhar mais para realizar esses prazeres.

Esse sujeito ao invés de trabalhar para auferir de prazeres mais sofisticados, poderá usar essas suas horas livres para realizar os seus prazeres.

A partir desses exemplos Nozick lança uma indagação. O autor busca saber se, levando em conta de que se fosse ilegítimo que um sistema tributário confiscasse parte do lazer de alguém (por meio de trabalho forçado) com o objetivo de atender aos necessitados, como pode ser legítimo que um sistema tributário confisque parte dos do produto das horas de trabalho de alguém com esse objetivo? (NOZICK, 2011, p. 218). Ora, o que o filósofo nos indaga é, por que, quem prefere ir ao cinema, tomar um expresso, beber um vinho, viajar, etc., ou seja, quem a satisfação dos prazeres exige determinados bens materiais ou serviços é tratado de maneira diferente de quem em seus lazes não há consumo, como caminhar/correr e/ou contemplar o por do sol? Nas palavras do autor:

Por que a pessoa que prefere ir ao cinema (e que tem de ganhar dinheiro para pagar o ingresso) deve estar disponível para atender à convocação imperiosa de ajudar os necessitados, enquanto a pessoa que prefere contemplar o pôr do sol (e que, conseqüentemente, não precisa ganhar um dinheiro extra) não precisa de tal disponibilidade? De fato, não surpreende que os redistribucionistas optem por não incomodar a pessoa cujo prazeres são tão facilmente alcançáveis sem que trabalhe mais, enquanto sobrecarregam o pobre coitado que precisa trabalhar para financiar seus prazeres? Se é que haveria algo a esperar, seria o oposto disso. Por que se permite que a pessoa que não tem desejos materiais ou de consumo escolha livremente a melhor alternativa factível de sua preferência, enquanto o homem cujos prazeres ou desejos envolvem coisas materiais, e que tem de trabalhar para ganhar um dinheiro complementar (atendendo, com isso, a todos os que considerarem suas atividades valiosas o bastante para pagar por elas), sofre restrições em relação àquilo que pode realizar? (NOZICK, 2011, p. 218-219)

O excerto acima é um dos maiores argumentos do ponto de vista liberal contra as premissas redistribucionistas. Nele, o filósofo coloca em cheque dois problemas cruciais das sociedades modernas: redistribuição *versus* direitos de propriedade. Nozick nesse argumento faz uma relação direta entre tributação sobre a renda (quando alguém se apossa do que o indivíduo recebe), trabalho forçado (quando alguém se apossa da força de trabalho de alguém) e escravidão (quando é negada a posse de si mesmo a alguém). A linha de raciocínio do autor é que ao se apropriar do pagamento do número

de horas trabalhadas por algum indivíduo é o mesmo como apropriar-se do número de horas da pessoa, mais detidamente, é como obrigar que o indivíduo trabalhe um número de horas em prol do objetivo de outro indivíduo.

Em comentário a esse problema apresentado por Nozick, Michael Sandel (2013), traz que nem nas maiores taxações estatais existe algo que equivale a 100% dos rendimentos de uma pessoa, apresentando que nessa medida o Estado não tem posse integral dos seus contribuintes. Porém, a relação direta entre *tributação sobre a renda – trabalho forçado – escravidão* é inegável do ponto de vista nozickiano. Contudo, as mesmas pessoas que aceitariam esse tipo de tributação seriam contra a inserção forçada de um *hippie*, por exemplo, a fim de que ele trabalhasse em prol dos outros também.

Neste momento é preciso fazer uma pequena digressão. É comum que se pense ao ler argumentos como esses, que libertários não se importam com a pobreza dos indivíduos. O próprio Nozick passou por isso em vida e pós-morte²⁵. Como é o caso do artigo do cientista político argentino Sergio D. Morresi, que começa o seu artigo intitulado *Robert Nozick e o liberalismo fora do esquadro*, da seguinte maneira:

É muito provável que Robert Nozick, falecido em 23 de janeiro último (a poucos dias da morte de Pierre Bourdieu, o grande representante do campo ideológico oposto, que acabou eclipsando seu nome nos obituários na imprensa) seja lembrado somente como o autor de um único e lamentável livro: *Anarquia, Estado e Utopia*. “Lamentável”, sim: ou acaso se poderia ser usado um adjetivo menos contundente para qualificar um texto que advoga contra a distribuição da riqueza em um mundo onde anualmente milhões de crianças e adultos morrem ou padecem enfermidades por causas que se poderiam evitar, em grande parte, por meio de mínimas medidas redistributivas? (MORRESI, 2002, p.1).

Não nos cabe aqui uma crítica ao artigo de Morresi, mas uma apologia em defesa de Nozick e de nós mesmos. Não é uma indiferença à pobreza que o nosso

²⁵ Cf. Nozick em uma passagem do prefácio a ASU, ele mesmo teve relutância em se deixar pensar pelo viés libertário: “[...] muitos rejeitarão de imediato nossas conclusões, sabendo que não *querem* acreditar em nada aparentemente tão insensível às necessidades e ao sofrimento dos outros. Conheço essa reação; foi assim que me senti quando comecei a refletir sobre essas ideias. Percebi, com relutância que, em razão de várias reflexões e argumentações, estava me deixando convencer pelas teorias libertárias (como são muitas vezes chamadas atualmente). [...] Não me agrada o fato de que a maioria das pessoas a quem conheço e que respeito não está de acordo comigo, uma vez que já superei o prazer, não de todo admirável, de irritar ou confundir as pessoas apresentando razões incisivas em apoio a posições de que não gostam, ou mesmo detestam. (NOZICK, 2011, p. IX-X).

filósofo advoga, muito pelo contrário, existem indicativos de que por meio do livre mercado, indivíduos tendem a ter uma condição de renda melhor²⁶. O que estão em jogo são liberdade e a igualdade perante a lei. Indivíduos não devem ser tratados como meios para que outros atinjam os seus fins por meio da força (seja individual, seja coletiva – por meio do Estado). Ora, se eu não posso obrigar um *hippie* trabalhar cinco horas por semana em prol dos desfavorecidos por que, posso obrigar Gates/Lemman ou qualquer outro indivíduo a esse trabalho? Por isso, libertários defendem livres mercados e se opõem a regulamentações impostas falsamente em nome da liberdade.

Destarte, é fundamental compreender o que um libertário compreende por liberdade, por dois motivos. Primeiro para compreender um pouco mais sobre as teses liberais, não como um processo dogmático de convencimento, mas ao menos para aprofundar o conhecimento sobre o que é liberalismo, suas teses, suas correntes até mesmo para contra argumentação e, segundo, para compreender que o liberalismo também é uma teoria da justiça, muito antiga, porém muito desconhecida ainda hoje no mundo acadêmico e muito criticada no senso comum como aversão aos pobres.

Após essa pequena digressão, podemos voltar ao nosso ponto-chave: ‘redistribuição *versus* propriedade privada’. Nele está contida a perspectiva de liberdade que o libertário assume como justa. Ora, quando se impõe que um indivíduo deve trabalhar para que outro possa ter algumas condições melhores de vida, está implícita nesta ação uma opressão de um sujeito A em detrimento de um sujeito B, ou sujeitos C, D, E F..., ou seja, está contida uma coação, restrição. É neste sentido social e político que um libertário vê a liberdade sendo infligida, independente se seja apenas um indivíduo ou até mesmo uma coletividade.

Um exemplo que talvez clarifique essa postura é que se o sujeito B não pode se apropriar das horas de trabalho do sujeito A sem seu consentimento, visto que B estaria violando a liberdade de A caso assim o fizesse. O que também ocorre para um libertário é que um grupo de indivíduos C, D, E, F..., também não possuem esse direito. Ora, se uma pessoa isolada B não possui o direito de adentrar a esfera da liberdade de um indivíduo A, o fato de se juntarem também não os deu direito. O princípio desse raciocínio é que se isoladamente não tinham nenhum direito de interferir na vida de A uma vez que o fato de se juntarem comunitariamente não lhes rendeu nada a mais do que tinham isoladamente. É por isso que libertários são contrários a medidas

²⁶ Cf. o relatório anual *Economic Freedom of the World: 2015 Annual Report*. In: <http://www.freetheworld.com/release.html>, Data de acesso: 22/11/2016.

redistribucionistas que liberais modernos e socialistas defendem, pois adentra a esfera da capacidade de agir sem ser coagido. Assim, a definição de liberdade libertária assume um caráter negativo, que é a de não interferência.

2.1. LIBERDADE NEGATIVA

Embora o termo liberdade negativa seja pouco conhecido, esta conceituação de liberdade parece marcado na história da humanidade desde a formação das primeiras civilizações²⁷. Porém, foi a cultura ocidental, tanto nas suas raízes judaico-cristãs, quanto gregas, que conseguiu definir com clareza as linhas de não interferência do Estado na vida dos indivíduos e, foi numa tragédia que data o século IV a.C., que essa definição apareceu pela primeira vez. O tragediografo grego Sófocles, apontou por meio de sua peça *Antígona* a primeira defesa ao indivíduo diante das leis do Estado²⁸. A peça mostrou o conflito existente entre o governo civil e os direitos dos indivíduos e a luta de Antígona pelo prevalecimento das leis anteriores às criadas pelo soberano.

No século XIII também vamos encontrar um movimento de limitação do poder real diante da sociedade feudal, contudo, ao traçamos uma linha histórica sobre o conceito de liberdade negativo, é comum iniciarmos-la a partir do século XVIII, junto com toda a defesa explícita da teoria política liberal. Os autores liberais desse período serão os principais influenciadores dos direitos de não intervenção da Declaração da Independência dos Estados Unidos e da declaração dos “direitos do homem e do cidadão da primeira República Francesa. Em ambos os documentos houve a formulação de direitos que garantissem que se impedissem os abusos dos governantes e puni-lo na

²⁷ Cf. David Boaz, na obra *O manifesto libertário*, as raízes do pensamento liberal não mais antigas do que comumente costumamos atestar. Diferentemente de uma porcentagem de autores que atestam o surgimento da corrente liberal a partir do período moderno, com a unificação dos Estados Modernos, Boaz, remete historicamente ao Oriente apontando que filósofos como Lao-tsé, mais conhecido pela publicação de Tao Te Ching, já possuíam em sua origem o pensamento que será fundamental para a defesa do liberalismo moderno, a saber, o direito natural. Segundo Lao-tsé, “Sem lei ou compulsão, os homens viveriam em harmonia”. Para Boaz, Tao antecipa a teoria da ordem espontânea por meio do ensinamento de que a harmonia pode ser atingida mediante a competição e aconselha os líderes a não intervir na vida do povo. (BOAZ, 2010, p. 35)

²⁸ Foi publicado recentemente um trabalho sobre essa temática, fruto da orientação de um projeto de iniciação científica, em que se buscou realizar uma abordagem histórica do Direito Natural. Para um estudo mais aprofundado sobre a relação da tragédia em questão com a história do direito natural ler: *Sobre o Direito Natural: uma análise da obra Antígona de Sófocles*. In: <http://www.alvoradamaringa.com.br/revista/index.php/smg/article/view/44>, data de acesso: 05/06/2016.

medida em que ocorresse. Isaiah Berlin em *Dois conceitos de liberdade: o romântico e o liberal*, a respeito das duas Declarações escreve que:

Esses documentos falam de direitos, e quando mencionam direitos, têm principalmente em vista a invasão de certas esferas – digamos, aquelas de que um homem precisa para garantir a vida e as oportunidades adequadas de felicidade; ou para ser capaz de possuir uma propriedade, pensar e falar como quiser, obter emprego, participar da vida política ou social da comunidade – e pretendem que a invasão de tais esferas deva ser considerada proibida por lei. A lei é nesse sentido um instrumento para impedir o abuso específico ou puni-lo, caso ocorra. (BERLIN, 2009, p. 217)

Assim, quando falamos de liberdade negativa, estamos falando do limite da obediência, ou, mais detidamente, por que e até onde devo obedecer a outro homem ou grupos de homens. A *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, posteriormente a partir das formulações de Berlin e outros autores, define a liberdade negativa como: “Negative liberty is the absence of obstacles, barriers or constraints. One has negative liberty to the extent that actions are available to one in this negative sense.²⁹” Nessa perspectiva, quando buscamos a conceituação liberdade negativa, estamos procurando definir a área de atuação de um indivíduo em que não há interferência de terceiros, seja este apenas um indivíduo, ou um grupo de indivíduos.

Essa é a preocupação central da teoria libertária: a garantia de que os indivíduos possam realizar quaisquer atividades com aquilo que está sobre sua propriedade legítima, desde que não violem terceiros dentro de seus próprios limites. Por isso, a liberdade no âmbito libertário tem o objetivo de assegurar a não-interferência (por parte de outros, sobretudo por parte de uma autoridade política) aos indivíduos. É, portanto, uma liberdade de não interferência, uma liberdade de ação sem a intromissão de terceiros nessa atividade.

Hobbes na segunda parte da obra *Leviatã* aludiu a esse conceito negativo de liberdade da seguinte maneira:

²⁹ “Liberdade negativa é a ausência de obstáculos, barreiras ou constrangimentos. Um indivíduo tem liberdade negativa na medida da existência da liberdade negativa do outro.” (tradução do original inglês)

Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento);

[...] um homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer. Mas sempre que as palavras livre e liberdade são aplicadas a qualquer coisa que não é um corpo, há um abuso de linguagem; porque o que não se encontra sujeito ao movimento não se encontra sujeito a impedimentos. Portanto, quando se diz, por exemplo, que o caminho está livre, não se está indicando qualquer liberdade do caminho, e sim daqueles que por ele caminham sem parar. E quando dizemos que uma doação é livre, não se está indicando qualquer liberdade da doação, e sim do doador, que não é obrigado a fazê-la por qualquer lei ou pacto. Assim, quando falamos livremente, não se trata da liberdade da voz, ou da pronúncia, e sim do homem ao qual nenhuma lei obrigou a falar de maneira diferente da que usou. Por último, do uso da expressão livre arbítrio não é possível inferir qualquer liberdade da vontade, do desejo ou da inclinação, mas apenas a liberdade do homem; a qual consiste no fato de ele não deparar com entraves ao fazer aquilo que tem vontade, desejo ou inclinação de fazer. (HOBBS, s/d, cap. XXI, § 1-2)

Embora extensa, a citação supracitada é de fundamental importância para se compreender a definição de liberdade negativa no conceito filosófico político e social que buscamos expressar aqui. Liberdade para um libertário sempre está correlacionada a ausência de restrições externas, uma vez que, todo o ser já é limitado por sua própria natureza, porém essa natureza em si não é obstáculo de impedimento, mas sim um deixar de poder realizar algo por si mesmo e não por coação, portanto, sempre a limitação deve ocorrer de fora. Se um homem por acaso perder a voz devido a uma doença isso não significou que ele ficou impedido de falar, pois não há impedimento externo, mas sim de caráter natural. O que não aconteceria caso alguém colocasse uma arma em sua cabeça e dissesse que na primeira palavra pronunciada ele levará um tiro, ou a criação de uma lei que o impedisse de dizer certas palavras.

Locke em seus *Dois tratados sobre o Governo*, também se refere à esfera da liberdade do âmbito negativo, tanto no estado de natureza como na criação da sociedade civil. Ao delimitar o conceito de escravidão no livro II, o filósofo configura a liberdade como ausência de restrição de terceiros. Para Locke, liberdade consiste em fazer uso de sua própria razão tanto no que diz respeito ao seu modo de pensar, quanto ao modo de agir. Ele entende o indivíduo livre, como aquele que é soberano de si em todos os campos de sua *práxis*. No parágrafo XXII do capítulo IV, Locke define que:

A liberdade natural do homem consiste em estar livre de qualquer poder superior sobre a Terra e em não estar submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, mas ter por regra apenas a lei da natureza. *A liberdade do homem em sociedade* consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob domínio de qualquer vontade ou sob a restrição de qualquer lei afora as que promulgar o legislativo segundo o encargo a este confiado. (LOCKE, 2005, II, cap. IV, § 22, grifos do autor)

Nesse excerto Locke traz-nos a distinção da liberdade negativa em duas esferas sociais. A primeira diz respeito a uma sociedade de natureza, a posição em que todos os sujeitos são livres e iguais. É interessante frisar que para esse autor é na sociedade de natureza que encontramos o nível de perfeita liberdade³⁰. Essa liberdade é de caráter negativo, porque aqui (no estado de natureza) não existe coação externa, mas apenas a própria vontade dentro da esfera do direito natural.

Por direito natural, entende-se como o uso da razão prática, essa pode ser realizada dentro das leis positivadas ou fora delas, como é o caso que Locke está se referindo. Quando o filósofo diz que o homem em seu estado natural tem por regra apenas a lei da natureza, isentando-o de obedecer a outros indivíduos ou grupos de indivíduos, o que o autor nos apresenta é que esse homem em seu estado natural possui inerente em si um núcleo jurídico enquanto projeção de indivíduo. Mais especificamente, o que Locke demonstra é que, a própria existência humana em si, possui uma juridicidade inerente.

O jurista John Finnis, em sua obra *Lei natural e direitos naturais*, ao reinterpretar a crítica que o direito natural vinha sofrendo desde Bentham, Austin, Kelsen, Weber, Hart e Raz, Finnis especifica que:

³⁰ Cf. Locke, “[...] o qual é um estado de *perfeita liberdade* para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem. Um estado também de *igualdade*, em que é recíproco todo o poder e jurisdição, não tendo ninguém mais do que outro qualquer – sendo absolutamente evidente que criaturas da mesma espécie e posição, promiscuamente nascidas para todas as mesmas vantagens da natureza e para o uso

Uma sólida teoria do direito natural é uma teoria que explicitamente, [...] realiza uma crítica dos pontos de vistas práticos, a fim de distinguir o que não é razoável na prática, do que é razoável na prática e, assim, diferenciar o que é realmente importante daquilo que não é importante ou é importante apenas por sua oposição ao que é realmente importante, ou por sua manipulação desarrazoada do que é realmente importante. Uma teoria do direito natural alega ser capaz de identificar as condições e os princípios de discernimento prático, da boa e apropriada ordem entre os homens e na conduta individual. (FINNIS, 2007, p. 30-31)

Assim sendo, a configuração que se dá ao direito natural seria a de que por ele, os sujeitos poderiam estabelecer uma justiça social, na medida em que sugere que se seja capaz de identificar a melhor conduta a ser tomada, tanto de maneira individual quanto de maneira coletiva. Desse modo, não se trata de uma liberdade irrestrita no sentido de agir apenas de acordo com a sua vontade, como se estivesse em um estado natural tal como o descrito pelos contratualistas clássicos. Até porque, mesmo neste estágio de organização natural da sociedade, não há permissividade total. Essa ideia está presente na passagem da obra de Locke quando este afirma que naquele estado de liberdade natural o homem não se encontra em um estado de licenciosidade. De acordo com o autor,

Mas, embora seja esse um *estado de liberdade*, não é um estado de licenciosidade; embora o homem nesse estado tenha uma liberdade incontrolável para dispor de sua pessoa ou posses, na tem liberdade destruir-se ou a qualquer criatura em sua posse, a menos que um uso mais nobre que a mera conservação desta o exija. O *estado de natureza* tem para governá-lo uma lei da natureza, que a todos obriga; e a razão, em que essa lei consiste, ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses. (LOCKE, 2005, II, cap. II, § 6, grifos do autor)

O direito natural tal como expresso por esses autores é de importância basilar, pois ele será à base da justificação da liberdade negativa na sociedade de estado positivado. O Estado ao criar suas instituições jurídicas normativas deve levar em conta esse direito que é anterior a sua criação. E o direito natural é eminentemente negativo.

Negativo porque ele não dita como e quais devem ser suas ações; negativo porque ele delimita a área de não interferência quando isonomicamente classifica os indivíduos e isonomicamente os protege em suas posses, saúde, vida e liberdade.

O segundo modo de liberdade à qual Locke se refere ainda possui um caráter negativo. A diferença é que nesse momento o filósofo analisa a liberdade não na sociedade de natureza em que os homens se encontravam anteriores ao contrato, mas sim em uma sociedade de Estado. A liberdade dos indivíduos nesse estágio normativo jurídico social é de não estarem submetidos, como diz o autor, “a nenhum outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento”. Nesse estágio social estão as nossas constituições e conseqüentemente o nosso objeto de análise nos capítulos II e III. É nessa concepção que está o constitucionalismo no sentido de limite ao poder (a essência da Rule of Law). Se estabelece uma instituição com uma carta normativa que busca minimizar os danos gerados por ações erradas de sujeitos livres e incentivar que estes infratores não continuem com os erros na medida em que proporciona uma punição que equipara-se ao dano infligido.

Veja que a liberdade nesse aspecto negativo é a liberdade de ação sem coação, mas assim como, no estado de natureza os indivíduos estavam sujeitos ao direito natural, para que não fizessem o que lhes aprouvesse sua vontade, na sociedade civil os sujeitos livres para agir também encontram restrições e punições reguladas pelo corpo político promulgado pelo legislativo. A distinção basilar, de maneira simplista, é que, no estado de natureza, a restituição de um dano causado poderia ser realizada por qualquer indivíduo, correndo o risco de sempre incorrer em excessos e gerar um novo estado de guerra, enquanto que na sociedade civil essa restituição será realizada por um poder coercitivo fundamental instituído socialmente e aceito como representante legítimo desta esfera de julgamento³¹.

O que é importante de esclarecer é que um libertário não é favorável a abster-se totalmente do direito natural, na medida em que, vê-se nesse o fundamento do direito negativo quando se passa para a sociedade de contrato. De outra forma, o entendimento dos direitos naturais no contratualismo de viés libertário é em grande medida, a compreensão do próprio conceito de liberdade negativa. Já teóricos como Bentham, por exemplo, não acreditam na existência de direitos naturais como direitos anteriores a

³¹ Como não é nosso intuito explicitar o porquê os homens passaram do estado natural ao estado civil, indicamos para uma melhor distinção entre essa transição e as conseqüências da restituição entre os danos no estado de natureza e na sociedade civil, a consulta da segunda parte da obra lockeana *Dois tratados sobre o governo*, mais especificamente os capítulos III, VII e VIII.

sociedade de contrato. Aliás, ao se referir a tais direitos, considera-os como abuso retórico. Para ele, a juridicidade natural não existe e toda a realidade jurídica é sócio-cultural, portanto, positiva, posto que se estabeleça de acordo com a sociedade em que está inserida.

Contrários a essa formulação contida em Bentham, a linha de pensamento político-filosófico libertária defende que a constituição de um contrato deve ser feita levando em conta a mínima infração a esses direitos naturais. Por isso que a teoria explicativa do estado de natureza de Locke é a que, a nosso ver, mais traz considerações sobre essa teoria dentro da perspectiva da sociedade de contrato.

A vertente utilitarista tem por base assenta que a criação do Estado moderno não se fundamenta no estado de natureza. O Estado Moderno como propõe essa teoria advém da junção de indivíduos que em busca da melhor forma de viver em sociedade criam leis para se organizarem. No entanto, essas leis são frutos de acordos sociais em que se procura sempre maximizar a felicidade total da sociedade. Não existe nenhum direito anterior que possa assegurar a não violabilidade de uns em detrimentos de outros. Faz-se assim, pelo próprio sentido que a palavra comunidade possui para Bentham: “*corpo* fictício composto de pessoas individuais que se consideram como constituindo seus *membros* (BENTHAM, 1979, cap. I, § IV). Tudo é baseado no princípio de dor e prazer, aprovando e/ou desaprovando qualquer ação segundo a disposição da sociedade de aumentar a felicidade do conjunto geral dos indivíduos³². O cientista político Ian Shapiro a esse respeito comenta que:

Filho imperturbável do Iluminismo, Bentham desprezava a influente tradição do direito natural de sua época, declarando de maneira notável que todas as teorias da lei natural e dos direitos naturais eram um “simples absurdo... um absurdo retórico – um absurdo com pernas-de-pau”. Defendia um sistema de direitos políticos amplo, mas via os direitos como produtos humanos, criados pelo sistema legal e postos em prática pelo soberano. Insistia que não há direitos sem coação e não há coação sem autoridade. Uma maneira crua de apresentar a visão que posteriormente seria conhecida como positivismo jurídico. (SHAPIRO, 2006, p. 25)

³² Cf Bentham: “Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo. (BENTHAM, 1979, cap. I. § 2)

Por acreditar que as leis são arranjos sociais, sendo avaliados de maneira quantitativa Bentham rejeita a tradição do direito natural e fundamenta seu sistema jurídico totalmente em leis positivas. É devido ao caráter consequencialista de sua teoria que Bentham acaba rejeitando os princípios de um direito de não violação dos indivíduos anterior a sociedade de Estado. Sempre será melhor a ação que reproduzir um maior número de satisfeitos nessa sociedade. Ian Shapiro a esse respeito comenta que: “Mesmo que uma decisão política provoque um sério prejuízo para alguns, até mesmo a morte, não há razão para se opor a ela se o resultado líquido for a maximização da utilidade total (SHAPIRO, 2006, p. 34).

Berlin (2009), em comentário crítico às formulações de Bentham e John Mill, afirma que o desprezo a valores mais elevados que farão parte da linha que John Stuart Mill defenderá uma geração depois é latente no pensamento utilitarista, tratado pelos filósofos como ‘lixo sem sentido’. Vejamos esse excerto:

Bentham recusava envolver-se com qualquer discurso de direitos naturais, deveres morais, instituições éticas, lei natural, revelação, os fins apropriados do homem, verdades metafísicas autoevidentes – toda a parafernália filosófica dos teólogos, metafísicos, *philosophes*, revolucionários, com todas as suas muitas marcas registradas de filosofias políticas e morais, inclusive as ideias que acabaram inseridas nas listas de direitos e deveres cívicos e humanos traçadas pelos autores das revoluções Americana e Francesa. Tudo isso parecia ao empirismo resolutivo e inflexível de Bentham a tal ponto um lixo sem sentido, um abuso de linguagem, um amálgama obsoleto de fórmulas mágicas, uma mistificação deliberada ou uma arenga vazia, que nunca tinha significado nada e era então considerado por todos os homens sensatos como mera algavaria. (BERLIN, 2009, p. 223-224)

Fica claro nesta passagem o desprezo por qualquer valor intrínseco ao indivíduo, prevalecendo em todas as instâncias, individual, familiar ou política institucional (religião/Estado), o valor maximizador dos fins das ações. Por isso, acreditava-se que a felicidade poderia ser maximizada por uma organização social a fim de servir como ordenamento político e jurídico.

Já libertários acreditam que a lei natural deve ser a fornecedora do parâmetro de avaliação dos sistemas jurídicos positivos. Por isso, partem do princípio de que a lei

social deve estar contida dentro da lei natural. Deve-se respeitar a inviolabilidade do indivíduo como sujeito em si para a criação do ordenamento jurídico que irá regular a sociedade em questão. Argumentam que, ao sancionar essa lógica utilitarista, comprometem normas fundamentais da decência e do respeito no valor da pessoa humana, como promulgada na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

Jürgen Habermas (2012) em *Sobre a Constituição da Europa* nos apresenta um panorama que clarifica essa questão. De acordo como filósofo a inviolabilidade da dignidade humana dominou a esfera pública em 2006, quando o Tribunal Constitucional Federal considerou inconstitucional a Lei de Segurança Aérea promulgada pelo parlamento alemão que pretendia autorizar as forças armadas alemãs a abaterem aviões de passageiros transformados em bombas, de modo a defender um número indefinidamente maior de pessoas ameaçadas em solo.

Esse cenário de leis utilitaristas foi rejeitado por inconstitucionalidade tendo em vista o direito natural. O Tribunal alemão afirmou ser dever do Estado (segundo o artigo 2, inciso 2 da Constituição Federal) respeitar o direito a vida e a integridade física de cada um, ficando ao seu alcance a proteção e não a violação das vidas dos passageiros, mesmo em situação em que elas se conflitam com as vidas das potenciais vítimas de um ataque terrorista. Chegou-se a conclusão de que o Estado não pode negar aos passageiros do avião o valor que é devido aos seres humanos em vista do seu próprio bem, mesmo que seja a vida de poucas pessoas quando colocadas unilateralmente com a vida do restante da população. Segundo Habermas, essa decisão encontra respaldo no imperativo categórico kantiano (HABERMAS, 2012, p. 9), que por sua vez, é o fundamento do direito natural. Nas palavras do filósofo:

O eco do imperativo categórico de Kant é evidente nessas palavras do Tribunal. O respeito a dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado de dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas.

É interessante a circunstância em que somente após o final da Segunda Guerra Mundial o conceito filosófico de dignidade humana, que entrou em cena já na Antiguidade e adquiriu em Kant sua acepção válida atualmente, tenha sido introduzido nos textos de direito das gentes e nas diferentes constituições nacionais desde então em vigor. (HABERMAS, 2012, p. 9)

Diferentemente do que o utilitarismo propunha, os libertários, os defensores do direito natural, vêem todos os indivíduos como fins em si mesmos, isso significa dizer que em um atentado terrorista, como o descrito acima, tanto os passageiros do avião raptado quanto os indivíduos em solo possuem o mesmo direito a vida. Para os libertários essa é a maior garantia jurídica: isonomia perante a lei. Por isso, rejeitam o tratamento mais substancial de direitos de uns, em detrimento de outros, pois significa diametralmente que uns ‘valem’ mais que os outros e esse panorama faria com que alguns indivíduos se tornassem meios perdendo a sua dignidade humana. Em outras palavras, a objetificação do sujeito.

Uma colher serve para levar o alimento à boca, misturar alguma coisa e assim por diante. Uma colher é um objeto. Ao ser utilizada como objeto para levar o alimento à boca e/ou misturar alguma coisa, a colher assume a função de meio. O meio que o alimento chega à boca é a colher. Porém, ninguém dotado de razão e com consciência plena, ficaria revoltado se uma colher fosse utilizada para outros fins que não fosse a finalidade dela. Ninguém reclamaria o direito da colher em ser colher na medida em que os indivíduos a utilizasse para outro fim.

Já seres humanos são fins, possuem segundo a corrente libertária, um núcleo de direito inerente em seu próprio ser, que deve ser respeitado independentemente da contingência externa. Quando dizemos que seres humanos são fins em si mesmos, estamos afirmando implicitamente que são sujeitos racionais com vontade própria de discernimento, de modo que eles não estão no mundo para determinados fins ou objetivos de terceiros, desde que não seja de sua vontade realizá-los. Desta forma, devem ser tratados todos como sujeitos em si, devido a esse *status* de natureza racional, pois segundo o Imperativo Categórico toda pessoa deve “agir de forma a tratar a humanidade, seja em sua própria pessoa ou em qualquer outra, sempre e ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como um meio”, na medida em que, possuem a capacidade de deliberarem sobre o que querem e desejam fazer, os indivíduos, devem tomar suas escolhas individuais e serem respeitados por elas.

Por isso, na medida em que, se abate um avião com passageiros inocentes a fim de salvar um número de pessoas em solo, esses seres humanos não são mais vistos como sujeitos em si, mas tornam-se objetos, assim como colheres que levam o alimento a boca. Não há uma diferenciação entre a colher e o ser humano que foi utilizado por outro para a realização de sua vontade. Ele foi objetificado com a finalidade de ser um

meio: salvar a vida de outro sujeito. Libertários vêem nessa configuração uma violação direta aos direitos de dignidade humana.

Seguindo adiante, podemos nos indagar se, nem em caso de vida ou morte, haveria justificativa para a violação de uns em detrimento de outros, como o caso supracitado por Habermas, por que então que em situações menores, essas violações seriam mais aceitáveis? Dito de outra forma, se a violação da liberdade individual dentro desta teoria não se justifica nem mesmo quando comparamos uma vida com a de muitos, por que se aprovaria em situações em que a vida dos sujeitos não está em risco?

Para um libertário essa o princípio deve ser estendido para todas as demais esferas da vida dos indivíduos. Portanto, a resposta a essa pergunta possui resposta fácil, uma vez que ela segue um caminho de raciocínio lógico. Para eles, nenhum outro indivíduo tem o direito de interferir na pessoa ou posse de um indivíduo a não ser que o mesmo consinta. A vista disso, nenhum indivíduo pode ter os seus direitos conquistados por violação aos direitos dos outros. Logo, a concepção de Estado deve ser realizada de alguma maneira que se preserve a dignidade do ser humano nele mesmo.

Destarte, “um Estado mínimo que restrinja às estritas funções de proteção contra violência, o roubo a fraude, a coerção de contratos e assim por diante, é justificado” (NOZICK, *ASU*, IX), ou seja, um Estado que não crie obstáculos para as ações dos sujeitos, mas que puna a violação daqueles que ao agirem adentram a redoma de proteção em que se encontram também os mesmos direitos de ação de terceiros. Assim, ao determinar as leis segundo as quais a boa sociedade deveria seguir, um libertário advoga a favor das leis negativas do Estado mínimo.

3. UMA HISTÓRIA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

*“Já o bom historiador se parece com o ogro da lenda.
Onde fareja carne humana, sabe que ali está a sua caça.”
Marc Bloch*

A instituição de direitos acarreta paralelamente em deveres³³. O que um indivíduo toma por direito para si, torna-se³⁴ sempre um dever para outro indivíduo. Desse modo, indagamos se é possível haver algum direito do qual não obstrua a liberdade do outro na medida em que lhe é requerido. Para tanto, devemos retomar historicamente alguns pontos sobre a formação do Estado Moderno³⁵. A partir daí poderemos perguntar se, ocorreu historicamente, um momento em que o direito se familiarizou com as perspectivas liberais de Estado e se assim foi, qual foi o motivo da sua mudança. Posteriormente, questionaremos filosoficamente a validade dessa mudança.

Ao fazer esse apanhado histórico, nossa tese consiste em apresentar que, embora os homens acreditassem que na origem do constitucionalismo representativo (circunscrever uma esfera de direitos do indivíduos dentro da qual o Estado não poderia intervir.) estaria cerceada toda a procedência do poderes coercitivos legalizados, mas arbitrários, sobre os indivíduos, o próprio poder constitucionalista representativo ao longo da história tem assumido uma função limitadora dos direitos individuais. Mais detidamente, o que vemos, historicamente, é que esse poder constitucionalista se auto amplia. Destarte, indagamos se de fato essa ampliação garante as premissas básicas da proposta constitucional clássica e primária de defesa aos direitos individuais, ou, se ao

³³ Cf. Kant em *A Doutrina do Direito*, “O conceito de direito, enquanto vinculado a uma obrigação a este correspondente (isto é, o conceito moral de direito) tem a ver, *em primeiro lugar*, somente com a relação externa e, na verdade, prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações, como fatos possam ter influência (direta ou indireta) entre si. Mas, *em segundo lugar*, não significa a relação da escolha de alguém com a mera aspiração (daí, por conseguinte, com a mera necessidade) de outrem como nas ações de beneficência ou crueldade, mas somente uma relação com a escolha do outro. *Em terceiro lugar*, nessa relação recíproca de escolha, isto é, o fim que cada um tem em mente com o objeto de seu desejo; não é indagado, por exemplo, se alguém que compra mercadorias de mim para seu próprio uso comercial ganhará com a transação ou não. Tudo que está em questão é a *forma* na relação de escolha por parte de ambos, porquanto a escolha é considerada meramente como livre e se a ação de alguém pode ser unida com a liberdade de outrem em conformidade com uma lei universal. (KANT, 2008, p. 76)

³⁴ Libertários minarquistas, acreditam que: o direito de propriedade, de liberdade de expressão e direito à vida ao existirem não entram em conflito e/ou violam a liberdade e o direito de terceiros.

requerer uma ampliação democrática de direitos não estávamos rompendo com a coerência basilar da criação da Constituição?

Para Henry Maksoud, vemos ao longo dos tempos é uma completa inversão do movimento democrático constitucionalista. A Constituição que deveria ser a solução para a arbitrariedade do Estado nas suas múltiplas representações, torna-se o próprio problema. do ponto de vista libertário, aos direitos individuais. Na apresentação brasileira que ele faz à obra *Direito, Legislação e Liberdade* de Friedrich A. Hayek, o pensador afirma que:

Quando, entretanto, ao longo dos tempos que se seguiram, os representantes do povo começaram a agir nas assembleias eletivas como se tivessem herdado as prerrogativas reais, os homens, que antes só consideravam perigoso o poder real, passaram a sentir os mesmos males de que se queixavam no regime autocrático monárquico: arbitrariedade, discricionariedade, corrupção, ineficiência, parasitismo, irresponsabilidade e crescente limitação da liberdade individual. (MAKSOU, 1985, p. XXV)

Nessa linha de raciocínio o autor explicita que a concepção original de constitucionalismo representativo, fundado no ideal do Estado de direito e da separação dos poderes, como fundamentado pelo filósofo político Montesquieu e outros liberais modernos, foi gradualmente perdida e substituída pela concepção de poder ilimitado da assembleia democraticamente eleita. Tais ações ferem o objetivo mais fundamental de toda Constituição, a garantia da liberdade individual. .

Hayek, economista e filósofo político, é mais enfático ao seu descontentamento com os encaminhamentos das cartas constitucionais contemporâneas. De acordo com o autor, em sua obra *Direito, Legislação e Liberdade*, houve um incessante descompasso entre os ideias clássicos constitucionais e contemporâneos. Em uma análise das Constituições dos Estados Unidos da América o autor relata que nenhuma Constituição conseguiu realizar o seu objetivo. O autor apresenta em todo o terceiro volume da obra esse desvio³⁶. Nas palavras de Hayek:

³⁶ Cf. Maksoud, “O autor [Hayek] acentua em todo o terceiro volume que as constituições foram idealizadas com o objetivo de impedir toda a ação arbitrária de todos os órgãos do governo. Nenhuma constituição ainda conseguiu alcançar essa meta [...]” (MAKSOU, 1985, p. XXVI).

Ainda que nossos objetivos permaneçam os mesmos, há muita coisa que deveríamos ter aprendido dessa notável experiência e de suas numerosas imitações. Sabemos hoje que se frustrou a esperança que nutriam os autores daqueles documentos, de conseguir limitar efetivamente, por intermédio deles, os poderes do governo. Sua intenção fora, separando o legislativo do executivo, assim como os poderes judiciários, subordinar governos e indivíduos a normas de conduta justa. Dificilmente poderiam prever que, por ficar o legislativo incumbido também da direção do governo, o encargo de formular normas de conduta justa e o de conduzir atividades governamentais específicas para fins específicos acabariam por se confundir irremediavelmente, deixando o termo lei de significar unicamente normas de conduta universais e uniformes que restrinjam toda a coerção arbitrária (HAYEK, 1985, p. 111).

É dentro desse panorama histórico que se insere as discussões filosóficas desse capítulo. Hayek analisou as Constituições dos Estados Unidos, mas e o Brasil? Como se deu o nosso processo constitucionalista? Qual a influência dos desdobramentos europeus e americanos em nossa realidade histórica brasileira? Temos uma Constituição negativa, uma Constituição que estabelece as salvaguardas institucionais da liberdade individual? Acreditamos que não, e ao termos claro esses processos históricos da perda de direitos negativos (como nós pretendemos mostrar ao longo desse trabalho), poderemos traçar um plano de indagações e sugestões sob um viés libertário que a nosso ver e na perspectiva dos nossos fundadores, ainda são válidos³⁷. Ao resgatar o passado, temos o objetivo claro de refletir filosoficamente sobre presente.

3.1. HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO BRASIL

Destarte, embora a noção de direitos do homem seja tão antiga quanto à própria sociedade, só no século XIII, teremos uma iniciativa direta dos indivíduos para o reconhecimento dessa noção diante do poder soberano. Ainda que houvesse leis em sociedades anteriores, não podemos afirmar que essas leis tinham por objetivo a

³⁷ Cf. Hayek, “Deveríamos ter extraído, da história dos últimos duzentos anos, um conhecimento de que aqueles homens, com toda a sua sabedoria, não podiam dispor. A meu ver, seus objetivos permanecem válidos, como sempre o foram, mas, já que os meios de que lançaram mão se mostraram inadequados, faz-se necessário inovar o campo institucional (HAYEK, 1985, p. XL).

limitação do poder imperante. Aliás, o que ocorria era que o poder estava diretamente ligado a uma esfera religiosa, o que dificultava ainda mais a sua crítica^{38,39}.

Assim, foi só em 1215 que o direito dos indivíduos firmou-se como um contrato de observância de leis. Na *Magna Charta* (que limitava o poder do rei da Inglaterra à sociedade civil, afirmando o governo da sociedade estava para além dos seus caprichos, ficando a partir de agora resignado a um grupo de barões) temos o início histórico das primeiras formações das constituições. Porém, essas cartas ao rei da Inglaterra não foram o suficiente para garantir um ideal constitucional, mas a chama se acendeu do que se consolidou no Estado Moderno como um movimento constitucionalista. Ela obrigava os reis a respeitarem a lei da terra, o direito dos costumes.

Por isso, é preciso deixar claro que, mesmo já existindo uma noção de direitos do homem muito anterior a formação dos Estados modernos, nós afirmamos que a Constituição de direitos surge com a formação da sociedade de Estado, mais especificamente, nas primeiras constituições desse período. À Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, decorrente da Revolução Americana (Independência dos Estados Unidos da América) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, (fruto da Revolução Francesa) abrem o que chamamos de movimento constitucional, pois agora se tem, decorrente do processo absolutista, uma necessidade de limitar o poder do Estado. É nesse sentido que o jurista Carlos Ayres Britto afirma que:

A Constituição, na sua originária redação não é feita **pelo** Estado. Ela é feita para o Estado, mantendo com esse Estado uma essencial relação de *unha e carne*, a ponto de se poder afirmar que **a cada nova Constituição corresponde um novo Estado** (BRITTO, 2003, p. 30, grifos do autor)

A partir do excerto supracitado, podemos perceber que essas cartas constitucionais foram sem dúvida, um passo significativo nunca antes presenciado na limitação da ação do Estado na sua figura representada, seja ela monarquia, aristocracia ou, agora, democracia. A partir da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos da América, o poder soberano deveria respeitar uma Constituição. O jurista

³⁸ Ver Da liberdade dos Antigos comparada à dos Modernos de Benjamim Constant. COLOCAR A OBRA

³⁹ De acordo com Fustel de Colanges

Alexandre Moraes se posiciona na mesma linha de Britto, para ambos o Estado Constitucional configura-se como uma das grandes conquistas da humanidade, que, para ser um verdadeiro *Estado de qualidades* no constitucionalismo moderno deve ser um *Estado democrático de direito*⁴⁰.

No Brasil, não foi diferente. Houve também uma iniciativa constitucional. Embora a nossa primeira Constituição tivesse mais um caráter impositivo do imperador do que expressamente limitador⁴¹. Ainda assim, foi extremamente importante para a institucionalização da monarquia constitucional frente a Portugal⁴². Estamos falando da Constituição outorgada de 1824, a primeira Constituição do Brasil. Dois anos após a Proclamação da Independência do Brasil do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, por Dom Pedro I. Mas retomemos alguns fatos que a nosso julgo são importantes.

De acordo com a historiadora Isabel Lustosa (2006), o período de elaboração da Constituição se deu em meio a um conflito intenso. Era, segundo as fontes historiográficas, 3 de maio de 1823. Nessa noite, iniciaram-se os trabalhos de legislatura na Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, com o intuito de criar uma Constituição para o Brasil, nada muito diferente do que já vinha ocorrendo em outras nações ocidentais. A Assembleia contava com noventa constituintes, englobava uma ampla gama social. Eram 23 bacharéis em direito, 7 doutores em direito canônico, 3 médicos, 19 padres, 3 marechais de campo, 2 brigadeiros e alguns proprietários rurais e funcionários públicos. Todos com um objetivo comum, pelo menos aparentemente. A questão fundamental da Assembleia na criação da Carta constitucional era pensada nos moldes clássicos do constitucionalismo, ou seja, qual seria o limite do poder soberano do novo Império? Essa era a premissa básica para aquele processo⁴³.

⁴⁰ In: MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4.

⁴¹ Cf. Paulo Bonavides e Paes de Andrade em *História Constitucional do Brasil*, a Carta Constitucional de 1824 tinha um potencial de autoritarismo e irresponsabilidade concentrado na esfera de arbítrio do Poder Moderador que, sem dúvida, inibia o exercício regular das competências harmônicas dos três Poderes, p. 117.

⁴² Para Otaviano Nogueira, *Constituições brasileiras, volume 1, 1824*, é preciso olhar a Carta Constitucional com um olhar mais atencioso. De acordo com o autor, muito embora outorgada, ela instituiu os Poderes do Estado, garantiu os direitos e conteve os abusos. A prática por ela instituída, no entanto, não se moldou senão com o tempo (NOGUEIRA, 1999, p. 17).

⁴³ De acordo com Lustosa (2006), “A questão dos limites do poder do soberano do novo Império, que estivera sempre na pauta de todos os que participaram do processo da Independência, seria tema de acalorados debates desde a inauguração dos trabalhos. Por trás da discussão em torno de coisas aparentemente banais – quando vier à Assembléia, deve o imperador se apresentar coberto, ou descoberto; deve ter um assento mais alto, ou igual ao do presidente? –, estava em jogo a definição de quem era a maior autoridade: o imperador, ou os deputados reunidos. Dali se seguiram os temas mais cruciais: se as leis feitas pela Constituinte dependeriam da sanção do imperador para ser implementadas;

Na obra, *D. Pedro I: um Herói sem nenhum caráter*, Lustosa (2006) relata que o imperador leu o discurso em que José Bonifácio introduziria na Carta Constitucional em que dizia que o D. Pedro I só aceitaria e defenderia uma Constituição que fosse digna dele e do Brasil⁴⁴. Logo após esse pronunciamento, o descontentamento de um segmento ali presente foi latente. Os mais revoltos foram o padre Andrade Lima, deputado por Pernambuco e Frei Caneca, pelo Recife, que por defenderem ideias claramente constitucionais clássicos, viram naquela fala exatamente o oposto do que esperavam da 1ª Constituição do Brasil. Nas palavras da historiadora:

Na noite daquele dia, d. Pedro leu discurso onde José Bonifácio achava por bem inserir a polêmica frase já pronunciada na coroação: “Aceitarei e defenderei a Constituição, se for digna do Brasil e de mim”. Logo no início dos debates, o padre Andrade de Lima, deputado por Pernambuco, manifestou estranheza diante dessas palavras, que classificou como ambíguas. Elas pareciam dizer que a Assembléia podia prestar-se a elaborar um código que não fosse digno do imperador e do Brasil. Era só o começo dos enfrentamentos que marcariam as relações de d. Pedro com a Assembléia. (LUSTOSA, 2006, p. 159).

A história nos mostra que o descontentamento e os conflitos não ficaram apenas no âmbito verbal. Por virem que a declaração de D. Pedro ferira a separação dos poderes, tão em voga no constitucionalismo liberal da época, mais pessoas juntaram-se a um movimento anti-imperial. A Assembleia Constituinte fica então dividida. Porém, a intensificação dos conflitos, chegara duas sessões seguintes da Constituinte, o agravamento então, após José Bonifácio, o mesmo que fizera uma defesa da monarquia, foi destituído do seu cargo⁴⁵.

As revoltas intensificaram e a palavra foi uma das armas contra o poder autoritário advindo do Império. Frei Caneca elaborou durante esse período uma análise sobre o processo constitucional e a ação de D. Pedro I. Na obra *Crítica da Constituição*

se o imperador teria o direito de propor leis; se teria o direito de vetá-las; se teria o poder sobre as armas, ou se ficaria submetido à Assembléia.” (LUSTOSA, 2006, p. 160-1)

⁴⁴ “Toda a seqüência de raciocínio e argumento estava preparada para o disparo da pretensão tutelar, contida na solene advertência da Constituição digna do Brasil e da imperial vontade. Não poderia o Bragança ter sido mais taxativamente claro na sua manifestação de patriarcalismo constituinte”. (BONAVIDES; ANDRADE, 2000, p.47)

⁴⁵ Ler *A queda do gabinete Andrada e a dissolução da Constituinte*, In: *D. Pedro I: um herói sem caráter*.

outorgada, Caneca tece várias críticas a atitude imperial, mostrando o descontentamento com o projeto. De acordo com o frei, a atitude do rei em dissolver a Assembleia e formar outra com pessoas de sua escolha era totalmente ilegal, pois se utilizava do poder para fazer valer sua vontade. Ora, isso era exatamente o que a constituição não deveria assegurar. Nas palavras de Frei Caneca, contemporâneo desses acontecimentos:

Algumas pessoas de patriotismo feroso, sabendo ou conjecturando com bons fundamentos, que a câmara municipal da cidade do Recife se dispunha a jurar e fazer jurar o projeto de constituição que o Imperador impunha, reuniram-se na cada da mesma câmara; e, esta ausente, a declaram deposta, e elegeram outra; tudo isto, se ilegalmente feito, o fizeram todavia sem o menor barulho e em serena tranquilidade.

Dissemos se ilegalmente feita; mas no estado de desorganização social em que nos achávamos, pela dissolução da assembleia constituinte; suposto o diverso como de confeccionar-se a constituição política do Brasil, modo novo e avesso do que tínhamos proclamado e jurado, e conosco o Imperador, novidade e mudança a que não aderíamos; que havia aí de rigorosamente ilegal, naquelas deposição e eleição? (CANECA, 1976, p. 67, grifos nossos)

Com a dissolução da Constituinte, D. Pedro criou um Conselho de Estado para preparar o texto constitucional. Frei Caneca e outras personalidades constitucionalistas da época tinham claro que essas ideias não expressavam o que as garantias solicitadas de defesas das liberdades individuais. Para esses, uma constituição era antes de tudo um pacto social para a garantia de conter qualquer abuso de poder. Mas, o que dizer de uma Constituição que na sua própria formulação já é criada com um abuso de poder?⁴⁶ Era o que esses pensadores da época viam na criação do Poder Moderador. O texto outorgado, não fora outra coisa, senão, uma violação dos princípios mais festejados pelos adeptos do liberalismo. Na Constituição de 1824, no *Título 5º do Imperador, Capítulo 1, Do Poder Moderador* estava explicitado que:

⁴⁶ Cf. Frei Caneca, “Uma *constituição* não é outra coisa, que a ata do pacto social, que fazem entre si os homens, quando se ajuntam e associam para viverem em reunião, ou sociedade. Esta ata, portanto, deve conter a matéria sobre que se pactuou, apresentando as relações em que ficam os que governam e os governados, pois que sem governo não pode existir sociedade. Estas relações, a que se dão os nomes de direitos e deveres, devem ser tais, que defendam e sustentem a vida dos cidadãos, a sua liberdade, a sua propriedade, e dirijam todos os negócios sociais à conservação, bem –estar e vida cômoda dos sócios, segundo as circunstâncias do seu caráter, seus costumes, usos e qualidades do seu território e etc. (CANECA, 1976, p. 69)

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus títulos são “Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil” e tem o tratamento de Majestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador:

I – Nomeando os senadores, na forma do Art. 43.

II – Convocando a Assembléia Geral extraordinariamente nos intervalos das sessões, quando assim o pede o bem do Império.

III – Sancionando os Decretos e Resoluções da Assembléia Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV – Aprovando e suspendendo inteiramente as Resoluções dos Conselhos Provinciais: Arts. 86, e 87.

V – Prorrogando ou adiando a Assembléia Geral e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos em que o exigir a salvação do Estado, convocando imediatamente outra que a substitua.

VI – Nomeando e demitindo livremente os ministros de Estado.

VII – Suspendendo os magistrados nos casos do Art. 154.

VIII – Perdoando e moderando as penas impostas aos réus condenados por sentença.

IX – Concedendo anistia em caso urgente e que assim aconselhem a humanidade para o bem do Estado.

O Poder Moderador foi sem dúvida uma manobra de D. Pedro I para dar continuidade ao seu poder. O que mais frustrava os ânimos dos constitucionalistas é que todos sabiam disso. Lustosa reproduz um excerto de uma carta a Francisco I, redigida por D. Leopoldina⁴⁷, antes da aprovação da Constituição dizendo que o poder continuará nas mãos do Imperador. Tais suposições são comprovadas nos parágrafos constitucionais supracitados.

Para Frei Caneca essa situação era inaceitável. Todo o processo constitucional fora ilegal. Segundo ele não era essa as premissas que deveriam compor uma Constituição. Aliás, ele escreveu o que pensava ser uma Constituição. Em suas palavras:

⁴⁷ Cf. a carta de D. Leopoldina endereçada a Francisco I, o modelo Legislativo que seria definido pela Constituinte deixaria para D. Pedro I o mesmo âmbito do poder de outrora. Na carta a imperatriz dizia que: “A Assembléia é formada de duas câmaras, o imperador dispõe do veto absoluto, cabe-lhe a escolha do conselho privado e dos ministros, sem que deva existir a mínima oposição ou intromissão [...] o imperador possuirá todos os atributos que fortalecem o bom sucesso do seu poder; assim é o chefe principal do Poder Executivo e da máquina política.” (LUSTOSA, 2006, p. 161)

Uma *constituição* não é outra coisa, que a ata do pacto social, que fazem entre si os homens, quando se ajuntam e associam para viverem em reunião, ou sociedade. Esta ata, portanto, deve conter a matéria sobre que se pactuou, apresentando as relações em que ficam os que governam e os governados, pois que sem governo não pode existir sociedade. Estas relações, a que se dão os nomes de direitos e deveres, devem ser tais, que defendam e sustentem a vida dos cidadãos, a sua liberdade, a sua propriedade, e dirijam todos os negócios sociais à conservação, bem –estar e vida cômoda dos sócios, segundo as circunstâncias do seu caráter, seus costumes, usos e qualidades do seu território e etc. (CANECA, 1976, p. 69)

De acordo com o que ele entendia por Constituição, dois foram os motivos para o pedido de veto às discussões sobre a Constituição:

- 1) Por não ser liberal, mas contrário a liberdade, independência e direitos do Brasil, e apresentado por quem não em poder para o dar;
- 2) Por envolver o seu juramento perjúrio ao juramento cívico, em que se prometeu reconhecer e obedecer à assembleia brasileira constituinte e legislativa.

O fato é que, essa luta pelos ideais constitucionais tenha vigorou na esfera política da nossa primeira Constituição. Após a criação do Conselho de Estado por D. Pedro I em 1823, o nosso primeiro texto foi preparado, sob muito sangue e exílios, porém não de forma passível, as revoltas foram das mais variáveis⁴⁸. Tais revoltas nos remete a nossa tese inicial deste capítulo, de que nem sempre o que é validado historicamente tem de fato valor de justiça, muitas vezes, como foi o caso da nossa primeira Constituição, o uso da força, seja ela de um imperador e/ou de uma maioria se impõe diante dos ideias de justiça promulgados por aquela sociedade imperou.

De fato a Constituição de 1824, foi a mais longa de toda a nossa história. Durou 65 anos e pode ser usada durante o momento da Monarquia, Regência e início da República. Podemos afirmar sobre esse momento que, a nossa primeira Carta Constitucional, ao mesmo tempo em que, era parte de um movimento mundial, e, portanto, moderna, pois inseria a ideia liberal dos três poderes, era, em contrapartida, ao

⁴⁸ Para um aprofundamento sobre essas questões ler a introdução da obra de Paulo Bonavides e Paes de Andrade: *História Constitucional do Brasil* pela editora Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2000.

mesmo tempo, antiga, uma vez que, constitucionalizou por meio de D. Pedro I o Poder Moderador, que controlava todos os outros poderes.

Findada a Monarquia e, conseqüentemente também, o término do Império brasileiro, sentiu-se a necessidade de elaborar uma nova Constituição. Agora com a tentativa de uma maior representatividade político-social. Era a pauta da nova forma governo brasileiro, o republicanismo. Foi tão forte essa ideal entre os representantes do país que já no próprio nome da nação vemos essa mudança. De Império do Brasil que vigorou após a Proclamação da Independência entre anos de 1824 a 1891, agora passaria a chamar-se Estados Unidos do Brasil, sob uma influência norte-americana, em voga na época. Os Estados Unidos da América haviam conquistado grande êxito em seu regime republicano desde a independência, sendo então um modelo a ser seguido pelos outros Estados democráticos.

De acordo com o jurista Bruno Zilberman Vainer (2010), o que incomodava também os idealistas republicanos no Brasil, era o fato de que, após a consolidação dos movimentos de independência que ocorreram pela América do Sul, o Brasil ser a única monarquia continental. Continuar uma monarquia enquanto a maioria dos países ao seu redor já possuíam o regime republicano caracterizava atraso, principalmente quando os Estados Unidos já se consolidava enquanto república. Assim, no dia 15 de novembro de 1889 pelo decreto de nº 1 o Brasil torna-se uma república federativa por meio do Governo Provisório⁴⁹, solidificando os descontentamentos que eram latentes desde o governo de D. Pedro I.

De acordo com Bonavides; Andrade (2000), a nossa primeira Constituição republicana tem lugar singular na História Constitucional do Brasil, pois ela emana de dois poderes constituintes de primeiro grau, a saber, 1) o poder constituinte do Governo Provisório, 2) o poder constituinte soberano do Congresso Nacional. Para nós, esse foi o primeiro momento em que o Brasil de fato instituiu uma tripartição dos poderes, pois, embora eles existissem antes, não podemos dizer que eram plenos, uma vez que,

⁴⁹ Cf Aliomar Baleeiro “O Governo Provisório, instituído pelo Dec. nº I/1889, era chefiado pelo Marechal de Campo Manoel Deodoro da Fonseca, alagoano, herói do Paraguai, e teve como subchefe, em princípio, Rui Barbosa, baiano (1849-1923), advogado e jornalista, também Ministro da Fazenda. Meses depois, a vice-chefia coube ao General Floriano Peixoto, outro alagoano e também herói da Guerra do Paraguai. Outros membros foram Aristides da Silveira Lobo, alagoano (1838-1896), ex-deputado, jornalista, como Ministro do Interior, Manoel Ferraz Campos Sales (1841-1913), paulista, ex-deputado republicano no Parlamento do Império, na Pasta da Justiça; Quintino de Sousa Bocaiúva (RJ, 1836-1912), jornalista, na pasta de Negócios Estrangeiros; Ten.-Cel. Benjamin Constant Botelho de Magalhães, positivista, professor da Escola Militar (1851-1891), na Pasta da Guerra; chefe da esquadra Eduardo Wanderkolk, na Marinha, e, finalmente, Demétrio Ribeiro, gaúcho, positivista, na Agricultura.” (BALEEIRO, 1999, p. 21).

estavam submetidos ao Poder Moderador. Com o advento da República, há também a separação dos poderes nos moldes preconizados por Montesquieu, sendo o Legislativo constituído por duas casas (Senado e Câmara dos Deputados).

“A Comissão dos Cinco” como ficou conhecida (Joaquim Saldanha Marinho, como presidente; Américo Brasiliense de Almeida Mello, vice-presidente; Antonio Luiz dos Santos Werneck, Francisco Rangel Pestana e Joaquim Pereira de Magalhães Castro), foi junto a Ruy Barbosa e Prudente de Moraes figuras decisivas para a formação da nossa segunda Constituição do Brasil. Para Aliomar Baleeiro na obra *Constituições Brasileiras: 1891*, os primeiros atos e decretos dos vencedores do movimento republicano no Brasil já dão claros indícios de uma busca por maior representatividade política. Abandona-se o voto censitário que esteve presente nas eleições até aquele momento e adota-se o voto direto⁵⁰. É um momento muito caro para a nação, pois se começa a buscar uma nova identidade nacional, necessitando, portanto, de uma nova Constituição aos moldes de um governo democrático⁵¹.

Embora não totalmente negativa, a Constituição do Brasil de 1891 foi a que chegou mais próxima aos ideias constitucionais por nós aqui referidos. Se até o momento o Imperador era uma figura inviolável e sagrada, e, o Poder Moderador a chave de toda a organização política, isso havia drasticamente mudado com a Constituição de 1891. No Capítulo V *Da Responsabilidade do Presidente* ficara explícito a partir de agora que:

Art. 53. O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e, nos de responsabilidade, perante o Senado.

Parágrafo único. Decretada a procedência da acusação, ficará o Presidente suspenso de suas funções.

Art. 54. São Crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra:

1º A existência da política da União.

2º A Constituição e a forma de Governo Federal.

3º O livre exercício dos poderes políticos.

⁵⁰ É importante frisar que o voto direto estava restrito apenas aos cidadãos letrados e homens da nação.

⁵¹ Com a proclamação da República é instituída por meio do Governo Provisório, uma comissão para a elaboração de uma nova Constituição, porém o novo projeto constitucional não é aprovado. Rui Barbosa é encarregado de revê-lo e entregar as modificações à Deodoro que o aprova em junho de 1890, sendo promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

- 4º O gozo e exercício legal dos direitos políticos ou individuais.
- 5º A segurança interna do país.
- 6º A probidade da administração.
- 7º A guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos.
- 8º As leis orçamentárias votadas pelo Congresso.
- § 1º Esses delitos serão definidos em lei especial.
- § 2º Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.
- § 3º Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do primeiro Congresso.

Ora, pela primeira vez na História Constitucional do Brasil, encontravam-se os ideais primários desse programa. Agora não só o poder representante não atuava ao seu bel prazer, como também deveria ser punido se agisse para além dos limites básicos da sua função. Com a retirada do Poder Moderador, os três poderes estavam de fato livres para atuarem.

Rui Barbosa talvez tenha sido a personalidade mais peculiar para esse processo⁵². É possível dizermos que a Constituição de 1891 é fruto de sua perspectiva de governo. Sob influência da Constituição americana, Rui Barbosa atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula judiciária que compete guardar a Constituição⁵³, o controle sobre a constitucionalidade das leis e atos do Legislativo e Executivo, que antes estava nas mãos do Legislativo. Ao analisar as outras democracias e modelos constitucionais da época, Rui Barbosa tinha claro o fundamento de uma Constituição. Em sua posse de Presidente no Instituto de Advogados em 1914, o jurista discorre sobre esses pressupostos. Segundo ele, a lei era a garantia liberdade, seja ela coletiva e/ou individual.

Fora da lei, a nossa Ordem não pode existir senão embrionariamente como um começo de reivindicação da legalidade perdida. Legalidade e liberdade são o oxigênio e o

⁵² De acordo com Bonavides; Andrade (2000), Rui Barbosa foi num primeiro momento um defensor da monarquia liberal, porém, sempre advertiu a Coroa do irrepreensível levante republicano. Nas palavras dos autores: “A defecção de Rui Barbosa do campo liberal e monarquista somente ocorreu depois de sacrificada a última esperança de uma reforma federativa pelo gabinete do Império, às vésperas já da proclamação republicana de 15 de novembro. Ainda na época da crise ministerial de junho Rui era monarquista e liberal, posto que de sua pena nas colunas da imprensa saíssem sempre advertências ao trono acerca da ascensão republicana irreprimível, caso as reformas continuassem sendo postergadas ou tolhidas pelos partidos imperiais e por quase todos os ministérios da Coroa.” (BONAVIDES; ANDRADE, 2000, . 216)

⁵³ Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>. O Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, brasileiros natos (art. 12, § 3º, IV, da CF/88), escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/88), e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Data de acesso: 10/02/2016.

hidrogênio da nossa atmosfera profissional. Nos governos despóticos, sob o Terror jacobino, com as ditaduras dos Bonapartes, debaixo das tiranias napolitanas, moscovitas ou asiáticas, a nossa profissão ou não se conhece, ou vegeta como cardo entre ruínas. Na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, nas democracias liberais, na Austrália, na África Inglesa, nos países europeus ou americanos, que por esse tipo se modelarem, a toga, pela magistratura e pelo foro, é o elemento predominante. Dos tribunais e das corporações de advogados irradia ela a cultura jurídica, o senso jurídico, a orientação jurídica, princípio, exigência e garantia capital da ordem nos países livres. (BARBOSA, 1914, p.3)

Por ter claro que a lei era a garantia da liberdade, devido aos exemplos históricos supracitados, Rui Barbosa, ao analisar a Constituição dos Estados Unidos da América, pensou nos problemas do controle da constitucionalidade pelo Legislativo⁵⁴, conferindo assim, ao Poder Judiciário esse comando. De acordo com Vainer (2010, p.169), tal modificação no âmbito infraconstitucional refletiu-se na Constituição de 1891 que conferiu ao supremo Tribunal Federal o papel de instância final nos casos em que se questionasse a validade de um tratado ou de uma lei em face a Constituição Federal^{55, 56}.

Rui Barbosa tinha nessas medidas o interesse de limitar o poder o governo diante dos magistrados. Ao instituir a *Sessão III Do Poder Judiciário*, o jurista tinha em mente a Constituição americana. Segundo ele, era preciso dar toda independência necessária a Magistratura da União, a fim de que o Congresso Nacional não estipulasse medidas que vetassem a ação do judiciário, atitude que não foi tomada nos Estados Unidos. Por isso a importância do art. 56 e art. 59 que tolhia o poder do Legislativo sobre o Judiciário. De acordo com a Constituição em questão:

⁵⁴ Cf. Rui Barbosa, “Ainda não se notou, entre nós, onde tantos censores têm surgido à obra constitucional de 1890 e 1891, que o Governo Provisório, num ponto cardeal a esse respeito, se mostrou muito mais cuidadoso e previdente do que os autores da Constituição dos Estados Unidos. Estes, no propósito de assegurarem toda a independência à magistratura suprema da União, se limitaram a declarar vitalícios os membros da Suprema Corte, como os outros juízes federais, e a proibir que se lhes reduzam os vencimentos. Em contraste, porém, com estas duas medidas tutelares, duas portas deixou abertas a Constituição americana ao arbítrio do Congresso Nacional contra a independência da judicatura federal, entregando à discricção do Poder Legislativo o fixar o número dos membros do Tribunal Supremo e os casos de apelação das justiças inferiores para esse Tribunal.” (BARBOSA, 1914, p. 4-5).

⁵⁵ Seção III *Do Poder Judiciário, Artigos 55 a 62. Constituição de 1891.*

⁵⁶ De acordo com Luís Roberto Barroso, “Ausente do regime da Constituição Imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, tendo recebido previsão expressa na Constituição de 1891 (arts. 59 e 60). Da dicção dos dispositivos relevantes extraía-se a competência das justiças da União e dos Estados para pronunciarem-se acerca da invalidade das leis em face da Constituição. O modelo adotado foi o americano, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso. (BARROSO, 2009, p. 62)

Art. 56. O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze juízes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

[...]

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal Compete:

1. Processar e julgar originária e privativamente:

a) o Presidente da República nos crimes comuns e os ministros de Estado nos casos do art. 52;

b) os ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;

c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;

d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;

e) os conflitos dos juízes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos juízes e tribunais de um Estado com os juízes e os tribunais de outro Estado.

2. Julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo §1º, e o art. 60.

3. Rever os processos findos, nos termos do art. 81.

§ 1º Das sentenças das justiças e dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestara validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

Segundo Ruy Barbosa esses dois artigos e seus parágrafos asseguraram a autonomia do Supremo Tribunal Federal diante de qualquer retaliação que o Estado pudesse incitar. O primeiro, porque, de acordo com o jurista, estipulava a esse tribunal um número de juízes fixos, que a lei ordinária não podia modificar. Já o art. 59 devido ao fato de prescrever que para o STF haverá recursos nas questões que foram resolvidas pelos juízes ou tribunais federais. Nas palavras do jurista:

Com essas duas cautelas, premunindo a justiça federal, no Brasil, contra dois gravíssimos perigos, a que se acha exposta na grande república da América do Norte, reunimos, em defesa dessa justiça, na sua independência e na sua pureza, contra as seduções e compreensões administrativas ou legislativas, todos

os resguardos humanamente possíveis. (BARBOSA, 1914, p. 6).

Era explícito o interesse de Ruy Barbosa para a integridade do processo legal. Vemos o empenho constante nesses artigos de garantir que o poder do Estado não interfira nas decisões que competem punições que dizem respeito às infrações cometidas por ele. Ao substituir o antigo poder por um novo, ele tinha claro que era preciso criar mecanismos constitucionais para que a liberdade individual não fosse violada diante do novo poder constituído⁵⁷. Outra medida de seu comando foi a instituição do direito de *habeas-corporis*, pois, viu que a Constituição não contemplava a garantia da liberdade individual em situações de violência e/ou coação, por ilegalidade e/ou abuso de poder. Diferente dos idealizadores da Constituição de 1824, Rui Barbosa, via na Carta um momento de limitação do poder seja ele monárquico, presidencial ou parlamentarista⁵⁸.

Assim, podemos dizer que com a Constituição de 1891, cerca de 70 anos após a Independência do Brasil é que começávamos a engrenar nos trilhos de um itinerário constitucional, do mesmo modo que nossas democracias vizinhas já haviam feito paralelamente desde a nossa primeira Carta. A República, a Federação e o presidencialismo, agora eram as novas faces do governo brasileiro. Instituições que não durariam muito tempo, diga-se de passagem, pelo menos, não no caso do Brasil, que tiveram entaves que findariam essa Constituição até o ano 1934.

Na verdade, é preciso ressaltar que Rui Barbosa deixou aberto no decreto de nº 1, uma esperança aos monarquistas. No decreto ficava a possibilidade de retomada ao

⁵⁷ Cf Rui Barbosa (1914, p. 7), “Substituí-la [Constituição de 1824] pelo regímen presidencial, sem buscar na criação de uma justiça como a americana, posta de guarda à Constituição contra as usurpações do presidente e as invasões das maiorias legislativas, contra a onipotência de governos ou congressos igualmente irresponsáveis, era entregar o país ao domínio das facções e dos caudilhos. Eis por que a Constituição brasileira de 1891, armando a justiça federal da mesma autoridade em que a investe a Constituição dos Estados Unidos, a dotou de garantias ainda mais numerosas e cabais, para arrostar as facções acasteladas no Executivo e no Congresso Nacional”.

⁵⁸ Os advogados na Inglaterra, nos Estados Unidos, na França, na Bélgica, na Itália, em toda a parte, nunca deixaram de sentir esse laço de solidariedade vital entre a sua classe e o governo da lei, a preservação das garantias liberais, a observância das constituições juradas. Nem, ao elaborar a brasileira, os juristas, os advogados que nela trabalhamos, e que, pela nossa preponderância na sua composição, não se exagerará, dizendo que a fizemos, nos desviamos da linha, que a nossa educação jurídica nos traçava, que ela nos impunha, mostrando-nos a associação inseparável do gênio do novo regímen, cuja carta redigíamos, com uma organização da justiça, capaz de se contrapor aos excessos do governo e aos das maiorias legislativas, uns e outros dez vezes mais arriscados e freqüentes nas repúblicas do que nas monarquias, nas federações do que nas organizações unitárias, no presidencialismo do que no parlamentarismo (BARBOSA, 1914, p 4).

governo Imperial, o que fazia com que oligarcas defensores da monarquia ainda insistissem na sua retoma. O que fora uma garantia para o processo republicano, também fora o seu maior antagonismo. O ato ditatorial de Deodoro e Floriano, que tanto foi criticado no novo processo de governo do país, fora a sua principal salvação. Numa análise do contexto Paulo Bonavides apresenta que:

A república em si mesmo não penetrara ainda a consciência da elite governante e da camada social hegemônica, talvez à míngua de preparação, porquanto no diagrama do novo regime os fatos atropelaram os valores; os interesses sobrepujaram as idéias; a desesperança, as vaidades e a soberba calcaram as verdades; as paixões, as ambições e os ódios escureceram o bom senso e a razão. Disso promanou a ditadura militar de Floriano que Rui tanto exprobou e da qual veio a ser, sem dúvida, a principal vítima.

A solução republicana, ministrada de surpresa, não estava ainda inteiro presente nem amadurecida no espírito público e no domínio da opinião. O ato institucional de 15 de novembro, se não fora as ditaduras de Deodoro e Floriano e a fereza da repressão, segundo escreviam na época os opositores da monarquia, não teria vingado (BONAVIDES, 2000, p. 169).

A partir daí o distanciamento entre os ideias norte-americanos e a nossa Constituição foi paulatinamente se mostrando mais visíveis, principalmente no que concerne ao ideal federativo. De cópia servil, como pretendia Rui Barbosa, à crise constituinte. Ainda segundo Bonavides, a troca que fizemos não foi a das melhores. Para o jurista, permutamos o trono inglês, pelo Capitólio americano. Porém essa troca, segundo a sua análise, não foi muito proveitosa⁵⁹. Se aparentemente a Constituição de 1891 fora a mais estável, passando apenas por uma única reforma, sua essência real foi extremamente conturbada e feita de intensas revoltas políticas.

Agora, com o federalismo, forma-se no Brasil, o que mais tarde a historiografia corrente chamaria de “coronelismo”. Tal denominação se deu devido à influência que os coronéis locais tiveram na política brasileira dos fins do século XIX e quase toda a primeira metade do XX. Pelo fato de o voto nesse período ainda ser aberto, o coronel

⁵⁹ Cf. Bonavides (2000), “Épocas de federalismo autoritário – uma contradição política em termos – ocorreram no país e oscilaram, durante a Primeira República, da frouxidão dos laços federativos ao extremo arrocho das intervenções centralizadoras, cujo unitarismo contravinha a índole do regime.

exercia controle direto sobre a decisão eleitoral de seus protegidos na sua região⁶⁰, isso fazia com que os candidatos escolhidos pelos coronéis fossem também o candidato ‘escolhido’ pelo restante da população. Destarte, os coronéis elegiam os Governadores, os Deputados e os Senadores, e esses últimos, por sua vez, escolhiam o Presidente. Denominado “voto de cabresto” essa política elegeu um grupo oligárquico de São Paulo e Minas Gerais durante toda a Primeira República.

Como podemos perceber na história de rupturas dos movimentos constitucionais do Brasil, 1930 não seria diferente. Trocamos um governo autoritário por outro, todavia, esse tinha uma feição mais atraente, do que denominaríamos de populismo. Perceberíamos esses aspectos ao longo dos anos que se seguiram. Para conseguir manter-se como autoridade dominante o populismo oferece uma série de direitos substanciais, que em contrapartida, são retirados de outros indivíduos. Ora, é preciso deixar claro nosso posicionamento a respeito dessa questão. Por acreditarmos na liberdade negativa, temos a premissa de que apenas os direitos de liberdade de expressão, de propriedade e da nossa vida, podem coexistir socialmente sem impedir o direito de outras pessoas. Qualquer direito mais substancial, como os que se seguem daqui desse período, só foram possíveis legalmente com a violação desses direitos negativos. Mas retornemos de nossa pequena digressão.

Os anos que se seguem de 1930 alteraram ainda mais o que entendíamos por uma Constituição. Claro que esse fato não ocorreu isoladamente com o Brasil. Assim como já vinha seguindo modelos constitucionais europeus e latino-americanos, nesse período o modelo constitucional que se seguiria aqui, fora derivado dos acontecimentos de âmbito internacional. A Revolução Comunista (1917), a Constituição mexicana (1917) e a Constituição de Weimar (1919), traçaram rumos opostos para o ideal constitucional liberal. A luta, como afirma o constitucionalista, José Luis Camacho Vargas, assumiu além do aspecto armado, um aspecto institucional⁶¹. A partir de agora

⁶⁰ “[...] a centralização do poder no período do Império levou à formação dos poderes locais que praticamente eram um misto de poder político e militar. De fato, o “coronel”, autoridade local, socorria e sustentava a sua população, exigindo dela em contrapartida obediência e fidelidade. A esta relação, que sustentou a política brasileira durante décadas, deu-se o nome de coronelismo” (VAINER, 2010, p. 170-1).

⁶¹ Na análise que Vargas faz sobre a História e Ideologia do Partido Revolucionário Institucional, o constitucionalista tece algumas considerações dos aspectos ideológicos que a Revolução havia tomado naquele momento. De acordo com ele: “Llega un tiempo para toda lucha social en el que los ideales enarborados han de consolidarse para constituir algo tangible que vaya más allá de la utopía y funja como referente del éxito del movimiento. Para ello, se hace necesario cambiar la estrategia y sustituir el horrísono de las balas por la objetividad de las ideas y la estabilidad de las leyes y las instituciones. En toda Revolución, las armas – cuando la gravedad de los tiempos lo amerita – cumplen un papel

as cartas constitucionais ganharam um novo aspecto de realce em relação aos direitos fundamentais: o social⁶².

De acordo com o jurista Fábio Konder Comparato (2001), as fontes ideológicas para a elaboração da Carta constitucional mexicana tinham suas origens nos ideários do anarquista Mikhail Bakunin^{63,64}. O que esses idealizadores constitucionalistas não contavam é que o mesmo intuito de fragmentar o poder dos caudilhos, ainda presente na primeira metade do século XX na América do Norte, traria um governo absoluto ainda maior. Nas palavras do autor:

A transformação desse ideário em normas constitucionais, no entanto, produziu um efeito político exatamente contrário ao objetivo visado, pela primeira vez, na movimentada história do caudilhismo mexicano, criou-se uma sólida estrutura estatal, independente da figura do chefe de Estado, ainda que a Constituição o tenha dotado de poderes incomensuravelmente maiores do que o texto constitucional norte-americano atribuiu ao presidente da república. O ideário anarquista de destruição de todos os centros de poder engendrou contraditoriamente, a partir da fundação do Partido Revolucionário Institucional em 1929, uma estrutura monocrática nacional em substituição à multiplicidade de caudilhos locais (COMPARATO, 2001, p.183).

A busca por uma fragmentação do poder por meio do Estado mostrou-se para os mexicanos um autoritarismo ainda maior. Não se diminui o poder de uma instituição

fundamental em el desarrollo de los hechos bélicos. Ciertamente pueden decidir una contienda, una batalla o incluso una guerra, pero por sí mismas no garantizan el triunfo de una Revolución. Ésta debe institucionalizarse y esa fue la máxima que guió el pensamiento político del presidente Plutarco Elías Calles tras el asesinato del general Álvaro Obregón, entonces presidente electo para el periodo 1928-1934. Sin duda, este fue un magnicidio que definió los nuevos derroteros del contexto político-social posrevolucionario.” (VARGAS, 2013, p. 143).

⁶² De acordo com o jurista Fábio Konder Comparato, “A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta Mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam na Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.” (COMPARATO, 2001, p.183-4).

⁶³ Para um maior aprofundamento sobre essa temática ver em *A Constituição Mexicana de 1917* por Fábio K. Comparato. In: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>. Data de acesso 12/02/2016.

⁶⁴ Para uma história mais aprofundada sobre os antecedentes históricos de todas as Constituições Mexicanas, ler: HELÚ, Jorge Sayeg. *El constitucionalismo social mexicano: La integración constitucional de México (1808-1988)*. Fondo de Cultura Económica, 1991.

dando mais poder a essa instituição. Aos que pensaram assim, o resultado foi uma Carta Constitucional com ainda mais poderes ao governante. Se, na sua origem, os direitos fundamentais outorgados pela Constituição eram de caráter negativo, ou seja, de não interferência do governo na vida dos civis, devido a uma luta histórica de resistência aos poderes dos soberanos absolutistas, agora eles vão requerer uma maior participação do Estado na vida da *polis*. Buscavam-se direitos consubstanciais, fase que ficou denominada de constitucionalismo social⁶⁵.

Porém o maior destaque mundial deve ser dado à Alemanha. É na Constituição de Weimar instituído um marco histórico para os direitos sociais, que influenciaram as cartas desse período. Podemos afirmar que ela é o fruto da crise do Estado Liberal do século XVIII em detrimento do Estado Social do século XX. Marca uma Constituição de caráter de esquerda do pós 1ª Guerra⁶⁶. Dividida em dois grandes livros contraditórios⁶⁷, essa Constituição influenciara, de forma marcante, os vários textos constitucionais desse período inclusive no Brasil a nossa Constituição de 1934.

Após nossa digressão, podemos constatar que no Brasil, a década de 30 do século XX iria marcar novos rumos constitucionais para o país, influenciados por esses acontecimentos internacionais supracitados. De acordo com Bonavides (2000), essa década foi a mais autoritária da primeira metade dos novecentos. As revoltas ao sistema político instaurado na Primeira República são constantes, tanto no que diz respeito à República da Espada, quanto no que diz respeito à República das Oligarquias. Com a vinda dos emigrantes europeus para o Brasil, surge também aqui um proletariado urbano influenciado pelas ideias de esquerda, ainda mais fortes na Europa após a Revolução Russa e a Constituição de Weimar.

⁶⁵ Define-se constitucionalismo social, de acordo com a jurista Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro (2006, p. 104), como o período de Cartas Magnas de índole social, mais detidamente, da inserção de dispositivos legais, de inúmeros artigos posicionados de forma sistematizada e relativos às inúmeras dimensões em que se projeta a vida do indivíduo em sociedade – de que, além de uma conduta negativa a ser assumida em tema de liberdades públicas, deve o Poder Público intervir no seio da coletividade para, mediante ação positiva, promover a igualdade material e permitir que todos exerçam, em iguais oportunidades, todos os direitos previstos em sede constitucional.

⁶⁶ De acordo com Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro (2006, p.115), “O projeto de Constituição de Weimar foi redigido por Hugo Preuss, professor de origem judaica adepto do comunitarismo, até então alijado do centro acadêmico alemão, discípulo de Otto v. Gierke e influenciado por Weber, que era considerado um dos poucos juristas de tendências de esquerda.”

⁶⁷ Carl Shmitt (1982), em sua obra *Teoria de la Constitución*, afirma que a tentativa de conciliar o Estado Liberal e o Estado Social, coloca a Constituição de Weimar numa contradição interna entre os livros I e II daquela carta, que respectivamente diziam respeito à “Estrutura e Fins da República” e, “Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão”. O primeiro de caráter liberal e o segundo positivando os ideais socialistas. Para o pensador, o que se instituiu como direitos sociais, não era nada mais do que meros compromissos dilatórios.

O caráter decorativo do sistema eleitoral que elegia somente presidentes de São Paulo e Minas Gerais (República Café com Leite) iria desembocar na Revolução de 1930 que além de instituir um Governo Provisório⁶⁸ fora do eixo São Paulo – Minas Gerais, ainda cria posteriormente um movimento constituinte (1932), que embora derrotado naquele momento pelo governo, consegue o seu objetivo⁶⁹ que um ano mais tarde daria ao Brasil uma nova Constituição. Na leitura de Vainer (2010, p.173), essa Carta Constitucional trouxe importantes inovações no que diz respeito à constitucionalidade. Em seu art. 179, criou-se a regra, presente até hoje em nossos tribunais, de que a declaração de inconstitucionalidade seria realizada pela maioria da totalidade dos membros do Tribunal, dificultando um pouco mais a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

Com foco para os acontecimentos internacionais a Constituição de 1934 abordou a temática dos direitos sociais, que guinou positivamente a imagem de Getúlio como o presidente dos pobres. Nasce, ao mesmo tempo, um governo populista e uma Constituição diretiva, paralelamente a alguns direitos de ordem negativa⁷⁰. Embora a Constituição de 1934 tenha tido grande importância por situar o Estado brasileiro no contexto social pós-primeira Guerra Mundial, teve ela uma vida demasiadamente curta, de apenas três anos⁷¹.

Dentre as várias mudanças e permanências entre as Constituições de 1891 e 1934⁷² a que mais nos interessa é o Art. 5º, inciso XIV⁷³ que fez da educação nacional matéria de competência da União de acordo com o Art. 10, inciso VI⁷⁴. Foi a primeira vez que a Constituição trouxe na história constitucional brasileira um capítulo (Capítulo II – Da Educação e da Cultura – *Art. 148 ao Art. 157*) referente à Educação. Assegura a partir de então, que compete ao Estado a criação de um Ensino Primário, gratuito e

⁶⁸ Decreto nº 19.398 de 11 de Novembro de 1930.

⁶⁹ Decreto nº 21.402 de 14 de Maio de 1932 que fixou para o dia 3 de maio de 1933 uma eleição para realização de um anteprojeto de Constituição.

⁷⁰ O *art. 52 § 1* – Tornou o voto secreto e conferiu direito de voto às mulheres.

⁷¹ VAINER, 2010, p. 175.

⁷² A Constituição de 1934 buscou manter da Carta anterior a República, a Federação, a Tripartição dos Poderes, o Regime Representativo Democrático Liberal e o Presidencialismo, mantém as eleições diretas agora com voto secreto e o voto feminino, e, a escolha do novo presidente ainda se dá por meio de uma Assembleia constituinte. Das inovações da nova Constituição temos que para além do controle exercido pelos juízes passa a existir um novo controle, a saber, o de intervenção Federal. Mais detidamente, esse controle estabelece que, se o Estado ferir o princípio da separação de poderes, poderia se decretar intervenção para fazer prevalecer a Constituição, anos mais tarde, o próprio Getúlio Vargas que quebra esse pacto com o Golpe de Estado. O mandato de segurança e a assistência judiciária aos necessitados também foram leis promulgadas por essa Constituição.

⁷³ *Art. 5º* inciso XIV – Traçar as diretrizes da educação nacional;

⁷⁴ *Art. 10* inciso VI – Difundir a instrução pública em todos os seus graus;

obrigatório, além do desenvolvimento do Ensino Médio e Superior, o que onerou ainda mais os gatos do Estado.

Outras medidas dessa Constituição de caráter social que nos importa devido ao nosso posicionamento são com relação às leis trabalhistas⁷⁵. Essas serão mais bem discutidas no capítulo III desse estudo, pois acreditamos que elas estão no cerne da dissonância entre os direitos de primeira geração e os direitos de gerações subsequentes.

O fim da Constituição de 1934 se deu também em meio aos eventos internacionais. Assim como na esfera europeia houve a formação de dois movimentos radicais, a saber, o nazismo e o fascismo de um lado e o comunismo de outro, no Brasil o antagonismo se deu entre o Partido da Ação Integralista Brasileiro e a fundação do Partido Comunista. O primeiro, dirigido por Plínio Salgado, o segundo por Luis Carlos Prestes. Esse foi o momento ideal para Getúlio aplicar o Golpe de Estado e outorgar uma Constituição de caráter autoritário. A Constituição de 10 de novembro 1937 teve como principal autor Francisco Luís da Silva Campos, professor, jurista e político brasileiro, que anos mais tarde após romper com o ditador afirma, em uma entrevista concedida ao *Correio da Manhã*, do Rio de Janeiro, em março de 1945, que: “[...] de valor puramente histórico. Entrou para o imenso material que, tendo sido ou podendo ter sido jurídico, deixou de o ser ou não chegou a ser jurídico por não haver adquirido ou haver perdido sua vigência.” (CAMPOS, apud PORTO, 1999, p. 17).

Sobre a Constituição de 1937, Walter Costa Porto (1999), professor de direito constitucional, argumentou que ela seguiu, pelo menos no plano teórico, o modelo polonês, por isso chamada de “Polaca”. Dizemos que foi no âmbito teórico⁷⁶, pois, a Constituição em questão, não tinha como a de 1937, interesse em garantir qualquer poder ao representante do Estado, mas apenas, consolidar os aspectos sociais institucionais⁷⁷. Em contrapartida, no que concerne a Carta brasileira, o Art. 73 é explícito:

⁷⁵ Título IV – Da Ordem econômica e social Art. 115 ao Art. 143.

⁷⁶ Existem divergências teóricas entre os divergências e aproximações das duas Cartas. Aqui assumimos a postura de divergência por não entendermos que embora a Constituição polonesa concedesse ao representante do Estado algumas decisões sob o âmbito econômico, a Constituição brasileira vai muito mais além, dando-lhe um poder supremo diante das outras esferas representativas.

⁷⁷ Cf. Walter Costa Porto (1999, p.24), Tantas vezes se disse que a Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937 teve como parâmetro a Constituição polonesa, promulgada em 23 de abril de 1935, que, à nossa Carta, se juntou sempre o apodo de “Polaca”. Defensores da Constituição polonesa afirmam que ela teve por tendência consolidar, antes de tudo, o Estado social, não havendo investido o Presidente da República na tarefa de fazer uma política pessoal, mas dado a ele a função de regular as atividades autônomas.

Art. 73 – O presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a administração do país.

Novamente a Constituição passa a ser utilizada de maneira incorreta. Rende ao representante do governo poderes para além da sua função clássica. Muitos⁷⁸ disseram ao analisar esse processo que a nova Constituição possuía um caráter fascista, mas Francisco Campos, mesmo em seu momento de desentendimento com o Presidente, ainda se posicionava contrário à essa denominação. Dizia o jurista que bastava um exame superficial das linhas gerais da Constituição para que se verificasse, mesmo a partir da mais elementar cultura política, que o sistema Constitucional de 1937 nada tinha de fascista⁷⁹. O fato é que, fascista ou não, a Constituição de 1937 não seguia os ideais Constitucionais, pelo simples fato de garantir poderes positivos de atuação ao Presidente.

Vainer (2010), nessa mesma linha de pensamento afirma que outra medida da Constituição de 1937 foi à consagração da separação dos poderes (tal como o pensamento liberal), porém, esse ato foi apenas nominal, uma vez que o Senado, nesse período, havia sido extinto e, o poder Legislativo, podia a qualquer momento ser colocado em recesso pelo Presidente da República. O autor diz que, a arbitrariedade era tamanha que se pode afirmar que a Constituição de 1937 não teve aplicabilidade, a começar porque ela mesma previa a realização de um plebiscito para a sua aceitação, o que jamais ocorreu, findando com qualquer legitimidade que porventura pudesse vir a ter (VAINER, 2010, p. 176). Outra ação tida como retrograda foi a retomada dos poderes Executivos e Legislativos nas decisões que a partir da Constituição de 1891 era de competência do poder judiciário^{80,81}, apresentando um retrocesso tanto para o Estado de direito como em sede de controle de constitucionalidade.

⁷⁸ Vainer (2010) assume esse posicionamento a dizer que Getúlio Vargas, ao realizar o Golpe de Estado e outorgar a Constituição de 1937 de cunho “claramente fascista, conferindo amplíssimos poderes ao Presidente da República” (VAINER, 2010, p. 176).

⁷⁹ In: COSTA, Walter Porto. *Constituições Brasileiras*. Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 19.

⁸⁰ *Art. 96* - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou a defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Bonavides (2000) acrescenta a esse momento histórico um fato importante. De acordo com o autor, o Brasil vivia um antagonismo latente. Se os soldados estavam em campos de batalha lutando pela restauração universal dos princípios da liberdade e democracia lá fora, aqui, viviam em um regime ditatorial⁸².

Foi só com o findar da II Guerra Mundial, que o Brasil também consegue avanços no que concerne ao sistema jurídico e democrático do país. Após a Segunda Grande Guerra, o governo de Getúlio entra em descrédito o que dá uma força maior para a oposição retirá-lo do poder e assumir Eurico Gaspar Dutra. Junto à queda do ditador, era necessária a criação de uma nova Constituição que se adequasse ao momento político. Em outras palavras, em fevereiro 1946 instaura-se uma nova Constituinte que era contra as ações políticas do Estado Novo. Essa nova Carta tinha como meta a restauração do regime destruído pelo golpe de 1937⁸³.

De acordo com Baleeiro (1999), era composto pela primeira vez na História Constitucional do Brasil, um Congresso com fortes bancadas de comunistas e trabalhistas, dando uma maior representatividade às reivindicações proletárias. Aliás, vale ressaltar que embora Dutra, extinga e coloque na ilegalidade o Partido Comunista no Brasil, meses mais tarde, nesse momento ela esteve presente na elaboração da Carta Constitucional, primeira vez na História do Brasil. Tal composição interfere nas leis de disposições de proteção aos trabalhadores, à ordem econômica, à educação e a família que já vinha sendo pauta das constituições anteriores. Um exemplo disso é o art. 141, § 16 que ao propor uma lei sobre a desapropriação tinha como foco “*promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos.*” A propriedade passa a estar diretamente relacionada com o bem-estar social (Art. 147).

Mesmo com essas bancadas comunistas no contexto nacional, elas só foram significativamente representativas quando os interesses conciliavam com o governo, que

⁸¹ Art. 170 – Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os juízes e tribunais.

⁸² Cf. Bonavides (2000, p.355) “Com efeito, a grande contradição política consistia nisto: o Brasil fora aos campos de batalha da Itália com a Força Expedicionária derramar o sangue de seus soldados pela restauração universal dos princípios da liberdade e democracia da Carta do Atlântico e, no entanto, vivia o País internamente debaixo de um sistema de poder que era a negação mesma daqueles princípios, Sem Constituição – a carta de 1937 nem ao menos fora aplicada! – sem partidos políticos, sem imprensa livre, o País se achava tão fechado em suas fronteiras quanto aqueles cujas ditaduras ele fora combater além-mar”.

⁸³ Na primeira sessão da Grande Comissão, o Deputado Hermes Lima salientou que a obra seria mais de restauração do regime destruído pelo golpe de 1937. E, realmente, essa tendência restauradora das linhas de 1891 com as inovações aproveitáveis de 1934 (disposições de proteção aos trabalhadores, à ordem econômica, à educação, à família etc.) foi característica do texto que veio a ser promulgado com grande entusiasmo no dia 18 de setembro de 1946. (BALLEIRO; SOBRINHO, 1999, p.14).

ocorreu principalmente no primeiro momento da elaboração da Constituição. Esse fato adveio devido ao que Balleiro (1999), chama de hipertrofia do presidencialismo, que, embora a Constituição de 1946 fizesse algumas concessões ao parlamentarismo (comparecimento de Ministros ao Congresso, nomeação de congressistas para Ministros sem perda do mandato) elas não eram significativas quando comparadas com o governo presidencial. Pouco a pouco, a relação entre os militares bonificados e o poder presidencial foram se inter-relacionando, formando o que segundo o autor, foi uma reação em quase todas as repúblicas americanas, com exceção dos Estados Unidos. Os que não se apoiavam nas Forças Armadas, corriam grande perigo de serem depostos. O militarismo passou a condicionar o presidencialismo (BALEIRO, 1999).

Foi também a partir da Constituição de 1946 que templos, bens, rendas e serviços de partidos políticos, instituições educacionais e assistenciais, bem como os papéis que seriam utilizados exclusivamente em jornais, periódicos e livros ficaram isentos de tributação. (*Art. 31, V, a, b*). O Estado de direito libertário, rejeitará a constitucionalidade dessas leis, uma vez que temos em vista que a positivação delas fere o primeiro princípio, a saber, o da não interferência.⁸⁴

Paralela a essa introdução de direitos sociais à população, por meio de vias legais, o governo ganha espaço político-social expressivo, mais detidamente, o fato é que essas políticas sociais implantadas constitucionalmente, gerou uma nova onda de populismo e vice-versa. De acordo com Aliomar Baleeiro (1999), as eleições de 1945 são decididas pelo povo, por exemplo. E os candidatos sabiam disso. O autor afirma que, pela primeira vez, as eleições que se seguem desse período revelam o peso do proletariado e das classes submédias, com figuras como Luiz Carlos Prestes, Getúlio Vargas e Ademar de Barros. É interessante notar alguns fatos apresentados pelo autor sobre esse período: “Multiplicaram-se os projetos, leis e decretos executivos para a captação das categorias profissionais numerosas – os funcionários públicos, os militares (“lei da praia⁸⁵”, reformas prematuras e polpudas, etc.), os operários e trabalhadores em geral (aumentos bruscos de 100% do salário mínimo, greves fomentadas) etc. Todos esses benefícios pesavam significativamente na hora de eleger um candidato”

⁸⁴ Como o objetivo desse capítulo é apresentar historicamente a institucionalização dessas leis, tal crítica será apresentada no capítulo III.

⁸⁵ A “Lei da Praia” Lei de nº 616, de 2 de Novembro de 1949 – Altera os art. 1º e 6º da Lei de número 288, de 8 de junho de 1948, que concede vantagens a militares e civis que participaram de operações de guerra.

(BALEEIRO, 1999, p.23). O populismo, nas palavras do segundo o jurista cedo degenerou em demagogia pura e simples. (BALEEIRO, 1999, p.23)

Destarte, posterior a queda do Estado Novo, e do regime varguista verifica-se mudanças significativas nos operadores das leis. O controle constitucional passa novamente ao Supremo Tribunal Federal, dirimindo a fragmentação que ocorrera outrora. De acordo com Vainer (2010, p.181), é importante ressaltar que o controle concentrado não ficou restrito ao âmbito federal, já que o art. 124, XIII da Emenda Constitucional nº16 outorgou ao legislador a faculdade para “estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado”.

É importante ressaltar que a Constituição de 1946, embora com uma duração longa 1946-1967, sofre ao longo do tempo 24 emendas, 1946-1961: 3 emendas; 1961-1964: 21 emendas. Esse último período mostra que a Constituição já não correspondia aos anseios dos Militares que entraram no poder no dia 31 de março de 1964, por meio de um golpe civil-militar. Embora muito se tumultue sobre esse período, é preciso ressaltar que a própria Constituição abria uma brecha para a ação dos militares de maneira constitucional, que, diga-se de passagem, era sua função, conforme os escritos e interpretações do período. De acordo com os art. 176 e art. 177:

Art. 176 – As forças armadas, constituídas essencialmente pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.

Art. 177 – Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem.

Foi com base nesses dois artigos supracitados e após 4 (quatro) atos Inconstitucionais⁸⁶, que davam legitimidade jurídica ao Estado para ações políticas contrárias a Constituição de 1946, os militares tomaram o poder, destituindo Jango e, se propuseram a elaborar outra Carta constitucional. Surge então a Constituição de 1967. Se a Constituição de 1946 tinha angariado novamente a pauta das liberdades

⁸⁶ Para saber mais sobre esses e outros atos Institucionais consultar o site do Planalto brasileiro in: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais>, data de acesso: 06/03/2016.

individuais, a Constituição de 1967, em detrimento de uma possível onda comunista no país, rompe com os ideais das liberdades individuais. Mais uma vez sentimos a necessidade de ressaltar que nem sempre o que é constitucionalmente instituído faz de fato menção aos princípios constitucionais clássicos. Esse é um outro período que os constitucionalistas consideram que o viés tomado pelos militares afronta diretamente os ideais constitucionais. Fica claro já na primeira ação direta dos militares no poder com o Ato Institucional nº1, de 9 de abril de 1964. O AI-1 modifica a Constituição do Brasil de 1946 quanto à eleição, ao mandato e aos poderes do Presidente da República; confere aos Comandantes-em-chefe das Forças Armadas o poder de suspender direitos políticos e cassar mandatos legislativos, excluindo a apreciação judicial desses atos; e dá outras providências. Se a Constituição de 1946 tinha claramente o objetivo de retomar os projetos constitucionais das Cartas de 1891 e 1934, a Constituição que se fará nesse momento tem, por sua vez, em vista, a Carta de 1937. Nasce sob o argumento de preservar a segurança nacional no dia 24 de janeiro de 1967 a nova Constituição do Brasil.

A pauta de preservação da segurança nacional foi a tônica que permeou toda a construção dessa Carta, fazendo com que Atos Institucionais e Decretos-Leis fossem implantados para esse fim. A Constituição também conta com a transferência do poder aos cargos do Estado. É o que acontece, por exemplo, em 13 de dezembro de 1968, pelo Ato Institucional nº 06, que conferiu plenos poderes ao Presidente da República. Em resumo essa medida visava suspender a garantia do *habeas corpus* para determinados crimes; dispunha sobre os poderes do Presidente da República de decretar: estado de sítio, nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; intervenção federal, sem os limites constitucionais; suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado; cassação de mandatos eletivos; recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; exclusão da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências.

Todo o período que se estende até 1985 do Regime Militar, será pautado por esses ideais de controle tendo em vista o bem da República. Vemos os poderes do Executivo sendo fortemente ampliado diante do Supremo Tribunal Federal. Vale reiterar que esse tipo de conduta é profundamente contrário aos ideais constitucionais dos quais nos defendemos. Da mesma maneira que entendemos que o Estado na sua representatividade não deve atuar sobre questões econômicas, entendemos que ele não

deve atuar sobre questões morais de caráter ideológico também. Todos os atos constitucionais que anularam a Constituição de 1946, ou os que editaram a Constituição de 1967, foram, a nosso ver, em grande parte, medidas autoritárias do Estado sobre a liberdade dos indivíduos. Mais uma vez, na História Constitucional do país, vemos um Estado de polícia buscando legitimar a partir de uma Carta constitucional, ações contrárias aos princípios que regem a formulação dessa carta, ferindo os direitos de primeira geração.

Após esses anos de repressão às liberdades civis, a próxima Constituição viria exatamente para expressar os anseios contrários a esse regime. Nasce em 05 de outubro de 1988 a Constituição-cidadã, como é assim denominada a nossa Carta atual. Com o intuito de corrigir vinte anos de violação aos direitos individuais, essa Constituição dará enfoque às questões humanitárias. Porém além das questões humanitárias, a Carta de 1988 também dedicará um capítulo específico as questões sociais. Dará atenção especial aos direitos trabalhistas, igualdade material, dentro outros que visão uma ação mais social dos direitos.

Por ser a Constituição atual, dedicaremos nossa análise do Segundo Capítulo especificamente a ela, sem desconsiderar todo esse processo histórico percorrido até então. Pois, do nosso ponto de vista, embora historicamente calcada, essa Carta constitucional possui algumas das propostas que segundo a teoria libertária constitucional são conflitantes e não expressam a unicidade constitucional que atualmente é à base do Direito. Desse modo, o fato desses direitos de primeira geração ser agrupados às demais gerações do direito, embora historicamente fundamentados como buscamos demonstrar nesse primeiro capítulo, não serve de garantia para a ação conjunta deles. Mais detidamente, no momento em que os direitos de primeira geração foram historicamente incorporados junto aos direitos sociais, não garantiu, da perspectiva política libertária a sua isonomia diante da arbitrariedade das Constituições posteriores. Não ocorre aqui entre os primeiros e os direitos fundamentais sociais uma mera somatória, como nos faz crer a Carta Magna de 1988.

De fato, o constitucionalismo social não se deu mediante a substituição das liberdades negativas, mas sim mediante a supressão delas. Paulo Bonavides e dentre outros juristas⁸⁷, propuseram uma discussão sobre o termo gerações e dimensões dos

⁸⁷ Jorge Miranda (2000, p. 23) adota a mesma perspectiva teórica de Bonavides. De acordo com o jurista, “Conquanto esta maneira de ver possa ajudar a aprender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo *geração*, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma

direitos fundamentais, a fim de amenizar a interpretação de sucessão e supressão de direitos. Nas palavras do jurista:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’, substitui com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caduquice dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturas, formam a pirâmide cujo ápice é o direito a democracia.” (BONAVIDES, 2002, p. 525)

Para nós, diferente da argumentação supracitada, não é apenas um equívoco de terminológico e/ou uma sucessão cronológica. A existência real do direito a liberdade individual não estabelece relação passiva com qualquer um dos demais direitos tidos como fundamentais. Deixemos de lado a noção sugestiva de que é apenas um equívoco terminológico e adentremos as discussões estruturais.

sucessão de categorias de direitos, uma substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é o enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades. Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpretação mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática”.

4. O PROBLEMA DA UNICIDADE CONSTITUCIONAL E A COLISÃO DE PRINCÍPIOS

“Difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com os seus métodos, não esteja com condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais.” (Robert Alexy)

Os direitos fundamentais possuem por objetivo principal estruturar positivamente a esfera dos direitos básicos e imprescindíveis dos indivíduos expressos em um ordenamento jurídico por meio de cartas constitucionais. No Brasil, esta Carta (Art. 3º) tem por objetivo essencial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Foi com essa intenção que se elaborou a Carta Magna de 1988, para estabelecer as regras que devem ser seguidos integralmente por todos os sujeitos sociais.

Como podemos perceber, no capítulo, a elaboração dos direitos fundamentais expressos na nossa Carta possuem mais de uma função. Para além da proteção individual contra as ações do Estado, as constituições modernas, desde a Constituição Mexicana (1917) e a de Weimar (1919) inseriram também direitos sociais. Nesse ponto, começa-se a estabelecer novos valores para além dos liberais. Passa-se a importar-se também, na mesma medida com os valores de caráter mais substancial. De acordo com Alexandre de Moraes (2013), os direitos sociais são também direitos fundamentais do homem, com a diferença de que se caracterizam como liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito. Em outras palavras, o que o autor apresenta é que, enquanto a liberdade de propriedade, por exemplo, se caracteriza como um direito negativo, pois é o direito de não interferência, os direitos sociais, já precisam da interferência do Estado para a sua execução. São fundamentais a partir do momento em que as novas constituições visam assegurar a igualdade social, passam a ter relevância nos textos constitucionais, visando uma melhoria da qualidade de vida dos indivíduos mais carentes materialmente, como ressalta Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2013, p. 201)

Os direitos sociais fundamentais vieram para assegurar uma corresponsabilidade entre as diversas camadas socioeconômicas pela luta dos direitos dos indivíduos promulgados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que em seu artigo XIII consagrava que todo homem, tem direito à segurança social, sendo obrigação do Estado nacional e de outras nações assegurar esses direitos a todos sem exceção visando o desenvolvimento da personalidade plena. Por isso que, na visão de Canotilho (1993), os direitos fundamentais possuem uma dupla função, que consiste:

[...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1993, p. 13)

De fato, a Constituição de 1988 traz essas duas funções, tanto que foi cunhado o termo, Constituição Social, pois o intuito da Constituinte de sua criação era a junção homogênea dos valores do Estado Liberal e do Estado Social, fazendo uma amalgama de valores que divergentes. As junções das liberdades negativas já clássicas na história do constitucionalismo se juntaram aos valores sociais da liberdade positiva assumindo o caráter integral e único do corpo de direitos fundamentais que compõem a nossa Carta constitucional. A partir daí, a liberdade negativa deixa de ter o caráter absoluto de valor mais elevado, igualando-se a outros direitos que pareciam ser necessários para uma maior integridade dos sujeitos⁸⁸.

⁸⁸ Cf. Themistocles Brandão Cavalcanti, em sua obra *Princípios gerais de direito público*, “[...] o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais

Com efeito, precisamos avaliar que para alguns a liberdade não é o valor mais elevado. Por exemplo, a nossa Constituição atual vê direitos sociais (segunda geração), direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito ao meio ambiente⁸⁹, qualidade de vida, a paz (terceira geração) todos no mesmo patamar dos direitos de primeira geração⁹⁰. Ficam assim estabelecidos que os direitos de primeira geração, seriam os direitos de liberdade, os de segunda, igualdade e, os de terceira geração, os direitos relacionados à fraternidade, como os mantras da Revolução Francesa⁹¹ e todos eles possuem pesos iguais.

Assim, quando ocorrido qualquer espécie de colisão entre esses direitos fundamentais⁹², cabe ao exegeta ponderar a fim de que haja uma harmonização entre eles. Desse modo, ao realizar esse balanceamento o intérprete estaria impedindo que se sacrificassem totalmente uma geração de direito em detrimento de outro ou outros, uma vez que, de acordo com essa homogeneização todos eles possuem o mesmo peso e são igualmente válidos. A esse respeito, o filósofo Ronald Dworkin acredita que o mais sensato seria que se visse em uma colisão de direitos, qual deles possui mais valor fático, sendo assim o requerido naquela situação específica. Nas palavras do autor:

recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.” (1966, p. 202)

⁸⁹ Cf. afirmou o STF, “Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração.” (RTJ 155/206)

⁹⁰ Há outros autores que vêem mais gerações ou dimensões do direito, como já citamos no capítulo II, Celso Lafer, por exemplo, classifica quatro gerações do direito, afirmando que as terceiras e quarta gerações do direito estão diretamente relacionadas com as grandes formações sociais. É preciso, novamente ressaltar aqui, que essas classificações, são maneiras didáticas de se traçar historicamente um itinerário que vai das liberdades negativas para as liberdades positivadas pelo Estado.

⁹¹ Cf. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1995, p. 57, apud MORAES, de Alexandre, 2013, p. 30).

⁹² Para a análise sobre a colisão entre os direitos fundamentais é preciso ter em mente a discussão feita por Ronald Dworkin (2002), sobre princípios e regras. O filósofo ao analisar esses dois conceitos, chegou a conclusão de que as regras possuem uma dimensão de validade, sendo que os princípios possuem uma dimensão de peso. Assim, as regras estariam numa disposição excludente, ou seja, versada pela expressão “tudo ou nada”, em que uma regra prevalecerá sobre a outra, diante da ocorrência de uma colisão (DWORKIN, 2002, p.39). Robert Alexy em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2008), também refere-se a regras e princípios de maneira semelhante. De acordo com o filósofo essa distinção é uma das “colunas-mestras” do edifício da teoria dos direitos fundamentais. Para Alexy a diferenciação entre regras e princípios deve seguir uma análise qualitativa, ou seja, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. [...] Já regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2008, p. 90-91). Feita tal distinção, a nossa pesquisa se concentrará na crítica a ponderação dos princípios.

Quando dois princípios entram em colisão — por exemplo, se um diz que algo é proibido e outro, que é permitido —, um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica do outro. O que não implica que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos. (DWORKIN, 2002, p. 80)

Visto desse modo, um mesmo direito fundamental, poderia ser sopesado mais ou menos de acordo com o caso em questão. Esta seria a solução para a colisão de direitos que segundo Dworkin não implicaria em total desprezo de um valor em detrimento do outro, uma vez que, sempre seriam feitos novos sopesamentos com a finalidade de se chegar a um novo veredicto. Por conseguinte, constata-se qual o valor de maior relevância que cada princípio contém, e busca-se a partir do fato jurídico em questão uma resolução para o conflito. A partir daí cria-se uma jurisprudência que será guia para colisões futuras.

Para Alexy (2008) a solução entre a colisão de princípios constitucionais deve ser realizada por meio da ponderação. De acordo com o filósofo, quando um ou mais princípios confrontam-se entre si, um dos princípios cederá, naquele caso em específico, sem perder a sua dimensão em detrimento do outro, pois, em outras situações poderá ocorrer que o sopesamento do princípio cedente seja maior. Nas palavras do autor:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma [que] se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. (ALEXY, 2008, p. 93)

Essa solução da qual remete o autor, faria com que o texto constitucional conseguisse garantir a flexibilização dos direitos fundamentais sem extrair um em detrimento de outro, uma vez que, a medida que, uma situação fática transforme um princípio em cedente, em outra, ele pode ter primazia. Esse é um dos motivos de

muitos⁹³ afirmarem existir uma unicidade constitucional, não vendo maiores problemas para o ordenamento jurídico o seu caráter extremamente dinâmico que incorrem os direitos sociais na Carta de 1988. Na verdade, são esses princípios constitucionais já consolidados que garantem a coerência, a univocidade e a concreção do nosso ordenamento jurídico. Para Vladimir da Rocha França (1999), os princípios constitucionais delimitam a margem de interpretação e apreciação do texto constitucional pelo operador jurídico, pois, sem eles, o processo de concretização da norma constitucional careceria de qualquer objetividade.

Esse é um dos pontos centrais do nosso capítulo. Essa objetividade da qual nos fala França que está presente como um itinerário a ser seguido para uma determinada sentença, é a nosso ver, extremamente subjetiva. Dito de outra maneira, embora a finalidade da Carta constitucional fosse fazer uma amalgama de valores divergentes, essa tentativa foi frustrada, levantando o que chamaremos de *Problema da Unicidade Constitucional*. A nosso ver, existe uma antinomia clara e de impossível confluência entre os *Direitos de Primeira Geração* e os *Direitos Sociais* e *Direitos de Solidariedade*, em que só são possíveis a partir da violação direta em algum grau entre eles.

Na verdade, a proposta apresentada tanto por Dworkin, como por Alexy, não é inovadora. Ela já está presente cotidianamente na vida dos indivíduos. Estamos ponderando nossos princípios constantemente buscando uma maior efetividade da justiça para nossas ações. É célebre a passagem platônica a esse respeito em o princípio da ponderação se faz como uma análise da justiça socrática. No livro I da República, Platão estabelece um diálogo entre Sócrates e Polemarco sobre a natureza da justiça. Polemarco seguindo uma definição de justiça atribuída a Simônides, acredita que justo seria a devolução do que se deve aos amigos e aos inimigos, sendo que aos amigos, devolver-se-ia o bem e aos inimigos, o mal. Para Sócrates tal formulação parecia possuir alguns inconvenientes e, buscando a reflexão sobre a definição dada por Polemarco, faz o seguinte experimento de pensamento:

⁹³ De acordo com Vladimir da Rocha França, em seu artigo *Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na Constituição de 1988*, os princípios constitucionais caracterizam-se como expressões normativas consolidadas a partir dos valores ou fins constitucionais, que garantem a unicidade e a concreção de todo o ordenamento jurídico. Podem ser referir tanto a direitos individuais, quanto a interesses coletivos. (FRANÇA, Vladimir da Rocha) In: Revista da ESMape, Vol. 2, nº 4, p. 478).

- As tuas palavras são cheias de beleza, Céfalo – redargüi. – mas acerca desta virtude mesma, a justiça, afirmaremos simplesmente que consiste em dizer a verdade e em devolver o que se recebeu de alguém, ou que agir deste modo é às vezes justo e outras vêzes injusto? Por exemplo: todo mundo concorda que, se recebemos armas de um amigo são de espírito que, enlouquecido, as reclama de volta, não devemos restituí-lhe, e quem as devolvesse não seria justo, assim como quem quisesse declarar a verdade tôda a um homem em tal estado.
- é exato – disse ele. (PLATÃO, *República*, 331a - 331 d)

Note que o amigo do qual Sócrates se refere tem o direito de pedir as armas de volta, uma vez que são de sua propriedade, porém, ao mesmo tempo, conflita com o direito de preservação da humanidade, pois ele está querendo matar alguém ou se machucar. Assim, será que Polemarco teria a obrigação de devolvê-las? A resposta primária a essa questão seria que de fato existe uma obrigação para com o proprietário das armas, contudo, Polemarco não deve devolver mesmo tanto a obrigação com ele de devolvê-las. Nesse caso, podemos perceber que ao utilizar esse experimento de pensamento Sócrates faz uso da ponderação, pois estariam conflitando dois princípios em uma mesma ação, fazendo com que Polemarco ponderasse qual seria a melhor saída para a colisão.

Essas questões estão presentes no nosso dia a dia e as constituições seguem esse princípio. Levam a ponderação que está no âmbito da individualidade, para o espaço da legalidade. Mais detidamente, ao apresentar uma variedade de possibilidades justas de ações, dois princípios ou mais que entram em conflito, como permitido a partir de um princípio e não permitido a partir de outro, aos textos constitucionais modernos recorrem ao princípio da ponderação para a resolução de sentenças. Todavia, à medida que há essa transição do domínio individual para a esfera da constitucional as vidas dos indivíduos tornam-se muito inseguras diante da lei, pois, a ponderação não é mais o melhor princípio de acordo com as minhas escolhas, mas sim, de acordo com um terceiro.

Contudo, à medida que, apresentam um catálogo de direitos fundamentais, paralelamente criam um problema que chamaremos de o *problema da unicidade constitucional*. Mais concretamente, ao incluírem um rol de direitos (tratados

tradicionalmente, como gerações de direitos), em um único corpo constitucional⁹⁴, sem considerarem a hierarquização entre eles, instituem, a nosso ver, uma dificuldade referente à interpretação desses direitos quando entram em colisão.

Para resolver esse problema às cortes de todo país recorrem ao princípio da ponderação e seus derivados a fim de mostrar que, não existindo nenhum direito fundamental absoluto, a compatibilização entre eles se daria por meio da análise do exegeta, realizando o sopesamento⁹⁵ das normativas a fim de efetuar um julgamento mais justo. Em tese, parece uma boa solução, uma vez que, por meio de uma ponderação de princípios se conseguiria conciliar no âmbito do ordenamento jurídico, as colisões que pudessem ocorrer entre os direitos fundamentais.

Para um libertário, tal saída ainda incorre em subjetivismos jurídicos, na medida em que há um emaranhado de direitos fundamentais abstratos entrelaçados sem uma hierarquização entre eles. Isso faz com que haja em um caso fático o exegeta acabe incidindo sobre a sua forma de ver o mundo.

Mesmo a Constituição Federal, no seu Art. 93, IX, garantindo que as decisões judiciais sejam devidamente justificadas com a finalidade de uma maior jurisprudência dessa unicidade, ainda assim, percebe-se que o resultado final de um tribunal recai sobre o arbítrio do exegeta. Por isso, na medida em que, os constituintes de 1988 acreditavam que a máxima da ponderação deveria ser a guia para a adequação dos critérios aplicados quando existisse colisão de um ou mais direitos fundamentais, os libertários advogam contrários a essa solução.

Dentro do viés libertário, ao garantir constitucionalmente uma maior substancialidade de direitos, o Estado fere na mesma proporção, a dignidade humana de alguns. Por exemplo, quando do Art. 6º da Constituição que diz ser direito de todos à educação, à saúde, à moradia, à assistência social, à previdência e o lazer e que essa é uma obrigação do Estado garantir esses direitos sociais, alteramos explicitamente à função primária da Constituição, como protetora dos direitos de não violação e passando a fundamentar normativamente essa violação.

Destarte, para um libertário, a Constituição que em sua fundamentação, como vimos no capítulo II, tinha como intuito a proteção contra a violação do Estado, agora,

⁹⁴ A partir dos fins do século XIX e início do século XX as cartas constitucionais passaram a inserir em seus textos conceitos abarcados pelos princípios do Estado Social representando as exigências dos movimentos sociais desses períodos.

⁹⁵ Para saber mais sobre a lei do sopesamento: <http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2008/10/sopesamento.pdf> . Data de acesso: 30/10/2016.

passa abertamente defender essa violação. O Estado que deveria garantir que todos fossem fins em si mesmos, passa agora, a utilizar-se de uns em detrimento de outros.

Sustentada como a Constituição Social, a Carta de 1988, não é uma luta entre o liberalismo clássico e o Estado de Bem-Estar Social, como muitos chegaram a afirmar⁹⁶, mas sim uma luta de um indivíduo qualquer contra a coletividade utilitária, o que nos faz perguntar, novamente, o motivo pelo qual um indivíduo isoladamente, não tem direito de realizar contra um terceiro, sem que isso seja considerado como uma violação dos direitos dele, um grupo faz, manifestando-se seja uma medida legal?

A referida resposta apresenta que por meio do novo constitucionalismo a teoria da ponderação seria capaz de garantir uma justa medida para a não violação dos direitos individuais, quando contrapostos aos direitos sociais. Porém, a nós, fica problemática essa solução, uma vez que ela perpassa o caminho da subjetividade. Mais detidamente, ao adotarmos a ponderação como saída para os conflitos dos direitos referidos, caíremos na parcialidade do exegeta, em que uma situação fática poderá ter resultados díspares quando julgados por juízes com interpretações de mundo desiguais. Por isso, ao positivar os direitos sociais, a Constituição de 1988 estava, ao mesmo tempo, positivando a quebra definitiva da unicidade jurídica constitucional.

Na medida em que há o sacrifício de um princípio em detrimento de outro (sendo os dois princípios declarados constitucionalmente) a partir do princípio da ponderação, não está se dizendo mais do que, o princípio sentenciado era de menor importância para o jurista, mas não necessariamente de menor importância para o réu. Tendo dois ou mais princípios de realidade jurídica, a lei torna-se pouco clara, pois, não se sabe ao fato o resultado daquela colisão. Por isso, além de ser um problema de unicidade constitucional, também é um problema de subjetividade jurídica, posto que, não se sabe se o intérprete da lei considerará mais forte um princípio de primeira geração, ou um princípio de terceira, mesmo entendendo que tanto um quanto o outro são legítimos.

Sempre haverá uma incerteza por parte do requerente em relação à sentença quando chocados dois ou mais direitos fundamentais. Para a teoria libertária minarquista dos direitos, mesmo o princípio da ponderação, que é uma das justificativas dentro do direito para a resolução de conflitos entre uma ou mais gerações de direito é

⁹⁶ Cf. Ana Carolina Lopes Olsen em *Direitos Fundamentais Sociais*: “Os direitos fundamentais sociais [...] tem resistido bravamente, tal como um dos últimos pilares que sustentavam a ponte para o Estado de Bem-Estar Social, frente a inundação do neoliberalismo. (OLSEN, 2008, p. 18).

em si altamente subjetiva, pois depende da interpretação do exegeta quando for ponderar em favor de um e detrimento de outro. Dois ou mais juristas terão motivações subjetivas para escolhas de quais princípios serão ressaltados em suas decisões.

Embora não seja uma discussão nova no campo jurídico, a questão da preconização do papel discricionário do exegeta *versus* o possível comprometimento da segurança jurídica, ou vice-versa, esse tema sobre o enfoque libertário no campo filosófico é algo pouco discutido no meio acadêmico, ainda mais quando pensado nos na espacialidade jurídica brasileira. Assim, é preciso ter em mente que esses questionamentos visam lançar luzes sobre possíveis novas reflexões de maneira transdisciplinar a outras áreas do saber que, quando dialogadas com o Direito, incita outros caminhos de reflexão.

4.1. EXISTE UMA COLISÃO DENTRO DOS PRINCÍPIOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO?

Em meio a essas discussões surge também àqueles que vêem já nos Direitos de Primeira Geração um conflito inerente entre eles. Perguntam-se, por exemplo, como é possível a conciliação da liberdade de ir e vir (Art. 5, XV, C. F.) em que se afirma ser livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos tempos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens, com a liberdade de expressão (Art. 5, XXII e XXIII, C. F.)?

De fato, parece ser um problema quando comparados os direitos tido como de primeira geração. Contudo, argumentaremos que esse conflito é apenas aparente e não acontece quando está colisão, pois, o direito a propriedade sempre se sobressairá. Em outras palavras, não vemos uma antinomia entre esses direitos, pois existe uma hierarquização entre eles, em que a propriedade é colocada em um patamar mais elevado. Quando comparados, por exemplo, o direito de propriedade e o de direito de liberdade de expressão, vemos nesse último uma limitação em relação à propriedade.

A propriedade será à base de todo o direito de primeira geração, pois só assim, existindo essa hierarquia clara, do direito de propriedade sobre os demais direitos de

primeira geração que dará a viabilidade desses direitos. É por isso que para um libertário o direito de expressão se limita à propriedade. Por exemplo, posso não concordar com as caricaturas do jornal Charlie Hebdo a respeito do cristianismo, porém aceito-as, pois respeito o direito de propriedade que Stéphane Charbonnier (Charb) tinha de falar o que quisesse, sem invadir a propriedade alheia ou obrigar qualquer pessoa a ler seus jornais. Esse, assim como os vários temas pelos quais o libertarianismo perpassa em suas contribuições, é um tema extremamente delicado do ponto de vista moral, porém, do âmbito legal, sem muitos alvoroços.

Como escreve Walter Block (2010), em sua obra *Defendendo o Indefensável* parece não haver muita dificuldade defender a liberdade de expressão de quem estamos de acordo, todavia, também é preciso defender a liberdade de expressão daqueles dos quais abominamos moralmente. Nas palavras do autor: “é fácil ser um advogado da livre expressão, quando ela se aplica aos direitos daqueles com quem estamos de acordo”. (BLOCK, 2010, p. 67). De acordo com o pensador é importante a defesa legal dos direitos de expressão quem não concordamos moralmente, pois, se ele tem seus direitos assegurados, todos os demais também o terão. Isso porque defendemos o direito à livre expressão está diretamente ligado ao direito de propriedade⁹⁷.

De acordo com Rothbard em *A ética da liberdade*, precisamos compreender que direitos humanos estão diretamente relacionados ao direito de propriedade. Para o filósofo, o direito de liberdade de expressão promulga bem essa ideia, na medida em que se configura no direito de todos dizerem o que querem desde que esteja respeitado o direito de propriedade dos outros indivíduos. Em outras palavras, os sujeitos são livres para falar o que quiserem no seu meio, dentro da sua propriedade, ou em alguma outra propriedade em que as partes envolvidas concordaram com o presente contrato. Nas palavras de Rothbard:

Em resumo, uma pessoa não possui um “direito à liberdade de expressão”; o que ela *possui* é o direito de alugar um salão e de discursar para as pessoas que entrarem no espaço. Ela não possui um “direito à liberdade de imprensa”; o que ela *possui* é o direito de escrever ou publicar um panfleto, e de vender este panfleto para aqueles que desejarem comprar (ou de distribuí-lo

⁹⁷ Para saber mais sobre essa temática, o livro de Max Paskin Neto (2016) *O DIREITO DE SER RUDE: liberdade de expressão e imprensa*, traz mais detalhes sobre essa temática trabalhada nos tribunais. Por hora, cabe-nos saber que não há esse conflito entre liberdade de expressão e propriedade privada nos direitos de primeira geração.

para aqueles que desejarem aceitá-lo). Deste modo, o que ela possui em cada um destes casos são direitos de propriedade, incluindo o direito de livre contrato e transferência que constitui um parte destes direitos de posse. Não existe nenhum direito extra de “liberdade de expressão ou de liberdade de imprensa além dos direitos de propriedade que uma pessoa pode possuir em qualquer caso concebível. (ROTHBARD, 2010, p. 178, grifos do autor)

O que Rothbard nos aponta que esse direito de liberdade de expressão não é um direito de ser ouvido ou falar em qualquer espaço do desígnio dos indivíduos, mas sim um direito de, por meio de sua propriedade, ou do contrato livre da propriedade de outrem falar o que quiser para quem quiser lhe escutar. Um caso bem conhecido é o citado pelo juiz Holmes em que ele apresenta que o direito a liberdade de expressão não é um direito absoluto mais sim relativo quando experienciada em algumas situações. De acordo com o juiz, imagine que em um teatro lotado um indivíduo grite “fogo!”. Para Holmes, ninguém tem esse direito por considerações de políticas públicas. Contudo, para Rothbard, basta analisar esse caso a partir do direito de propriedade que será visto que nenhuma relativização da incondicionalidade dos direitos se faz necessária.

De acordo com o autor esse experimento de raciocínio possui duas condicionais e ambas refletem na violação da propriedade em si. A primeira cogita-se se o grialhão é o dono do teatro. Caso seja, então ele estaria violando os direitos de propriedade de assistir à apresentação tranquilamente adquirido pelos clientes na hora que firmaram o contrato de compra do ingresso com o sujeito responsável. A segunda condição também violaria o direito de propriedade, se levar em conta que o grialhão é um dos clientes do estabelecimento, pois, nesse caso estaria violando além do direito de propriedade do dono do teatro, também estaria violando os termos acordados no contrato de compra do ingresso de sua permanência no estabelecimento, que, embora não explícitos, incluem certamente o direito de não violar a propriedade do dono e de não atrapalhar o espetáculo em questão. Desse modo, Rothbard conclui que em ambos os casos existe um direito de propriedade violada, sendo passível de processo por essa violação⁹⁸.

O mesmo ocorre com o direito de ir e vir quando conflitado com o direito de propriedade. Esse direito está expresso na Constituição Federal atual no artigo 5º,

⁹⁸ Rothbard oferece inúmeros exemplos que podem ajudar o leitor a compreender melhor essa questão no seu capítulo XV intitulado *Os ‘direitos humanos’ como direitos de propriedade*, por hora os exemplos citados são o suficiente, a nosso ver, para a exemplificação da proposta requerida.

inciso XV, em que diz que: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou sair com seus bens”. Ora, tem-se o direito de ir e vir para qualquer lugar desde que se respeite o direito a propriedade privada do outro, portanto não há conflito real nesta situação.

Um caso que me aparece à mente foi um exemplo que a professora Andrea Faggion citou em uma das nossas orientações⁹⁹. O fato que estávamos em um shopping e uma música tocava ao fundo durante nossas discussões. A professora Andrea usando-se desse exemplo explicou o motivo pelo qual o direito de ir e vir não se conflita com o direito de propriedade. Segundo Faggion (2016), o episódio de nós nos incomodarmos com a música no fundo não nos dá o direito de pedir para tirá-la uma vez que estamos dentro da propriedade de alguém. Portanto, embora nós ainda tivéssemos a liberdade de ir e vir ele ainda estava condicionado direito de propriedade. O mesmo acontece com os ambientes públicos que possibilitam esse direito, porém sempre correlacionado ao direito de propriedade, que no caso, está sob tutela do Estado.

Desse modo, ao acreditarmos ter dado motivos para a inexistência de colisões dentro dos direitos de primeira geração, acreditamos que os verdadeiros conflitos estão entre esses direitos e os direitos de gerações subsequentes. Pois esses sim, por terem o mesmo peso jurídico, ou seja, nenhum deles gozam, por si só de uma prioridade frente aos outros, quando colididos, devido ao alto teor de abstrações com os quais são formados, geram, a nosso ver soluções que não são tão eficazes como se propõem ser.

4.2. A INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sendo o resultado final da sentença dos tribunais subjetiva, nossa tese é de que quanto menos poder de deliberação a Constituição der aos intérpretes sobre a vida dos indivíduos, menor será o espaço para possíveis descontentamentos. Quanto menor for o papel discricionário do exegeta, mais segurança os sujeitos terão quando forem para

⁹⁹ Andrea Luísa Bucchile Faggion, em orientação no dia 16/11/2016 – Londrina/PR para a elaboração deste trabalho dissertativo do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UEM/Maringá.

os tribunais. Ações como essas visam garantir dar aos indivíduos uma maior certeza de que mesmo tendo procedido de maneira correta não sofreria com uso arbitrário da lei.

Ao notarmos que as gerações de direitos possuem uma imprecisão muito grande de objetivação, acreditamos que quanto mais evitarmos colisões entre esses direitos, maior será a certeza jurídica do papel do juiz. Para isso a proposta de limitação da função do texto constitucional se faz necessária.

Na verdade, esse não é um acontecimento novo da Constituição brasileira, já no século XX, o jurista e filósofo Lon Fuller já tecia considerações sobre a proximidade das constituições como um fenômeno do pós-guerra¹⁰⁰. De acordo com o pensador, as Constituições devem fornecer aos indivíduos o caráter de boa lei, contudo, quando analisados os textos modernos e ver a inserção de uma infinidade de novos direitos que deveriam estar no âmbito das normas estatutárias, o seu objetivo real se desfaz, tornando-se um texto prolixo e de luta política. Em comentário a esse autor e ao contexto brasileiro, Faggion (2016), exemplifica que:

[...] o constituinte brasileiro, como outros do mesmo período histórico, sabia que aquelas medidas gravadas na constituição não seriam consensuais, ou aceitas por todos como boa lei, e, por isso mesmo, quis que aquelas decisões fossem tomadas em âmbito constitucional, impedindo que seus adversários prevalecessem no âmbito parlamentar. Com isso, é de se perguntar se o próprio texto constitucional não determina a instabilidade política que sempre ronda a frágil democracia brasileira. (FAGGION, 2016, s/p)

De acordo com a autora, ao lutar por inserir medidas que deveriam fazer parte de um diálogo parlamentar ordinário na Carta Constitucional de 1988 esses grupos políticos estavam acima de tudo desvirtuando o real sentido do texto constitucional, gerando o que Faggion chama de uma sociedade engessada pela política e, uma política engessada pela lei. Para a autora, em compreensão ao texto de Fuller esse é um grave problema quando se pensa na construção de uma boa lei.

Esse contexto também foi descrito pelo professor Fernando Atria (s/d), como um período de mudanças nos textos constitucionais. De acordo com o autor, o avanço do

¹⁰⁰ Cf. FAGGION, Andrea Luísa Bucchile, *A constituição cidadã e o consenso imposto*. In: http://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/a-constituicao-cidada-e-o-consenso-imposto/#_ftn2, Data de acesso: 26/11/2016.

socialismo durante o século XIX e sua ênfase na ideia de comunidade e igualdade teve seu impacto na ideia de direito e nas antigas declarações¹⁰¹. Ao reclamarem uma maior substancialidade de direitos, argumentaram que:

[...] quem aceita a primeira [geração] o faz com um gesto formal vazio, a menos que aceite também a segunda. É por isso que o sucesso da incorporação dos direitos de segunda geração em pé de igualdade com os da primeira deve ser considerado um triunfo do movimento socialista. (ATRIA, s/d, p.. 22)

O problema principal a nosso ver, não é a maneira como esses direitos foram incorporados no ordenamento jurídico. Embora autores como Faggion e Fuller vejam que tais medidas podem ser as causas da fragilização da credibilidade do caráter jurisdicional devido controversa da aceitabilidade de todos esses princípios, acreditamos que, a principal problemática acarretada por essa junção é a falsa ideia de que existe uma unicidade constitucional no corpo da nossa constituição e a utilização de um modelo problemático para concretizar essa ideia¹⁰².

Do ponto de vista libertário esse problema é latente e, acarreta um sério desconforto quando se pensa que, embora agindo dentro da lei, um indivíduo pode sofrer uma punição, quando um exegeta decide ponderar um princípio em detrimento de outro. Por outras palavras, na medida em que, qualquer princípio pode sofrer interferência por outro, os indivíduos nunca poderão de fato saber como é que o juiz vai fazer esse peso, como o juiz colocara uma norma contra a outra e escolher uma delas. Para um libertário, a partir do momento em que a constituição, ao invés de definir um limite substancial para o poder do Estado, ela atribui tarefas substanciais a esse Estado, ela está paralelamente criando situações em que muitas vezes vão colidir com essas limitações, reduzindo ainda mais a esfera de atuação do indivíduo.

Por isso, a defesa libertária por um texto constitucional mais enxuto, é acima de tudo a garantia de uma maior confiabilidade no ordenamento jurídico. A ideia, ao defender uma constituição menos prolixa, é que os indivíduos possuíssem uma área

¹⁰¹ ATRIA, Fernando, *Existem direitos sociais?* In:

http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603159.pdf, 02/12/2016.

¹⁰² De acordo com Caldas, “A imprecisa definição de princípios foi solucionada, pelo menos para a doutrina brasileira, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy, quando o mesmo afirmou serem os princípios, verdadeiros mandados de otimização. Alexy aprofundou a teoria emanada anteriormente por Dworkin, principalmente ao dispor acerca da existência de graus de aplicação dos princípios, verificando-se, pois, as possibilidades normativas e fáticas. (CALDAS, 2011, p. 2)

maior para a ação individual. Nesse ponto, a proposta libertária acredita que apenas os direitos negativos, tidos como direitos de primeira geração são capazes de fornecer. Quanto mais a constituição seguir os objetivos pelo qual foi criada, como restrição ao poder do Estado, maior será a ampliação da esfera da liberdade individual.

E, ao reduzir a esfera de atuação dos indivíduos, desloca-se o que antes eram problemas de assembleias representativas resolvidas pelas ponderações que os próprios indivíduos faziam em seu dia a dia a cargo de tribunais constitucionais. Porém a solução para os possíveis conflitos não se torna nem um pouco mais objetiva, mas continua repleta de sua cortina de nebulosidade inicial. A diferença fundamental, e do ponto de vista libertário, não muito positiva, é que agora, com essa transferência o sujeito fica a mercê da subjetividade do exegeta. Sobre esse deslocamento, Atria (s/d) discorre que:

O deslocamento a que me refiro não é simplesmente uma mudança do *locus* institucional, ainda que ninguém possa negar a importância política dos tribunais ordinários e constitucionais aumentou de modo considerável nos últimos 20 anos. O problema não é (ou não é só) que hoje sejam tribunais os que decidem questões que antes estávamos acostumados a crer que deveriam ser decididas por assembleias representativas. Isso de fato tem ocorrido, mas adicionalmente se produziu uma mudança de valoração do direito e de sua relação com a política. Hoje o direito é visto como um *medium* da ação política. Por certo, o direito sempre esteve relacionado com a política, ao menos no sentido de que o direito era o resultado da política. Mas em alguns sentido importante a política gozava de uma certa prioridade em relação ao direito. (ATRIA, s/d, p. 26, grifos do autor)

Por isso, acreditamos que ao inserir os direitos de segunda e terceira geração, o ordenamento jurídico retira da ação coletiva de assembleias deliberativas ações que deveriam ser solucionadas pelo corpo de princípios que aqueles indivíduos acreditam ter maior sobre peso sobre outros. Com isso, o autor nos mostra que acarreta paralelo uma mudança de valoração da política em relação ao direito. E essa talvez seja uma das consequências das atuais crises políticas que vivemos nos dias de hoje. Assim, a proposta libertária defender um governo limitado, é a que mais oferece respostas a esse problema, pois enxerga a Constituição sempre buscando uma maior efetivação dos direitos negativos (maior área de atuação dos indivíduos) que, ao mesmo tempo acaba sendo o real motivo do porque se criou a Carta constitucional.

5. CONCLUSÃO

Por um momento me passou pela cabeça que a realização de um segundo mestrado poderia ser algo mais fácil de concretizar, ledô engano. A pesquisa sempre tem seus entraves, principalmente quando se busca realizar uma pesquisa que ainda é muito incipiente no contexto nacional. O Brasil ainda carece muito de análises transdisciplinares sobre questões filosófico-políticas de viés libertário. Por isso, embora possa parecer clichê de se dizer, a pesquisa em questão está muito aquém da intencionalidade de se esgotar a temática, aliás, muito pelo contrário, ela buscou ser uma pequena contribuição para esses estudos.

É preciso dizer também que em nenhuma ocasião se buscou realizar uma apologética sob o viés libertário do ordenamento jurídico, mas sim apresentar como essa corrente filosófica entende os direitos fundamentais. É importante que a academia ofereça a oportunidade de um maior leque de opções de análises. Isso é o que de fato dá sentido a pesquisa acadêmica. Nosso intuito do começo ao fim desse trabalho sempre visou esse ponto, apresentar uma vertente de análise dos estudos sobre liberdade.

A liberdade negativa, foco central da proposta libertária constitucional é só mais um dos valores que constituem o corpo da nossa Constituição. Assim, se para um libertário a liberdade tem primazia sobre outros valores como igualdade e/ou fraternidade para outra corrente de pensamento essa não é necessariamente uma verdade absoluta. Aliás, o que é verdade absoluta? Por isso é necessário entender que a liberdade é só mais um dos conceitos de justiça existente e nossa intenção nesse estudo foi retirá-la do *rol* dos outros valores de justiça e compreender o porquê ela é tão cara para as análises libertárias. Mais detidamente, quais os problemas que os libertários encontram e quais as possíveis soluções a partir desse viés analítico.

Destarte, desde as primeiras linhas da introdução buscamos fazer um estudo em que se definia qual a linha a ser seguida e como essa linha entende os conceitos aqui relacionados, como por exemplo, o conceito de liberdade negativa. Como dentro da própria corrente libertária existem ramificações e quais as consequências dessas ramificações para esse estudo.

Só assim foi possível fazer um estudo histórico do Direito Constitucional brasileiro a partir do método comparado pelo critério temporal. Esse estudo, embora muito denso de ser realizado, foi extremamente necessário para se compreender a evolução das gerações do direito dentro de nossas cartas constitucionais. Compreender que alguns direitos nem sempre existiram, mas foram adquiridos por meio de intervenções historicamente situadas. Nesse capítulo também se buscou levantar qual o verdadeiro motivo da criação de uma constituição e, como com o passar dos anos esse ideal vou se alterando. Ainda aqui, foi mostrado que quando as constituições deixam de lado o seu verdadeiro motivo de existir e passam a agregar outros motivos, podem dar base para ações legais, mas nem sempre morais, como o caso do Regime Militar. Era um regime feito dentro dos tramites da legalidade, mas ainda assim injustificado se analisarmos o princípio constitucional.

Por fim, o último capítulo buscou mostrar que para além de alterar o verdadeiro sentido constitucional, a inserção de novas atribuições à Constituição brasileira também criou algo que chamamos de *problema da unicidade constitucional*. A partir do momento em que se criaram historicamente outros direitos constitucionais fundamentais esses textos ordenadores passaram a possuir um conflito interno que não é respondido como se pensa que é, pelo princípio da ponderação. Nesse capítulo também procurou mostrar que embora aparente, não existe conflitos entre os direitos tidos como de primeira geração.

São por esses motivos, de acordo com o viés libertário, que a Constituição brasileira deve ser um texto mais enxuto, menos prolixo e com uma finalidade mais específica que é a proteção da liberdade de ação dos indivíduos diante do Estado. Ao fazer isso a Constituição garantiria que o processo jurídico fosse menos dúbio, ao passo que ao elencar uma esfera menor de interpretação do exegeta, estaria ao mesmo tempo garantindo um olhar menos subjetivo para com as decisões de caráter jurídico.

REFERÊNCIAS:

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 6ª ed. São Paulo: Editora Atenas, 1960.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais*. Disponível em: www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603159.pdf

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1988*. Volume II. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37 ed. rev., ampl. e atual. Conforme o novo Acordo Ortográfico. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009;

BERLIN, Isaiah. *Ideias políticas na era romântica: ascensão e influência no pensamento moderno*. Organização de Henry Hardy. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. *Two concepts of liberty*. Disponível em: https://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/wiso_vwl/johannes/Ankuendigungen/Berlin_twoconceptsofliberty.pdf.

BOAZ, David. *O manifesto libertário*. 1ª edição. São Paulo: Editora Peixoto Neto, 2010.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2000.

BENTHAM, Jeremy.

BLOCK, Walter. *Defendendo o Indefensável*. Tradução de Rosélis Maria Pereira. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

BLOCH, Marc. *Apologia da História ou o ofício de historiador*. Trad. André Telles. Prefácio de Jacques Le Goff. Apresentação a Ed. Brasileira Lilia Moritz Schwarcz. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 2001.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. *A ponderação de princípios e a supremacia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Artigo disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10617

CARDIM, Carlos Henrique (prefácio). In: RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

CASTILHO, Ataliba T. de. *Nova gramática do português brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Contexto, 2010.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1988*. Volume VI. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição mexicana de 1917*. Artigo publicado site www.dhnet.org. Data de acesso: 05/01/2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAGGION, Andrea Luisa Bucchile. *A constituição cidadã e o consenso imposto*. In: http://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/a-constituicao-cidada-e-o-consenso-imposto/#_ftn2,
- FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. Universidade do Vale do rio Sinos: Editora UNISSINOS, direitos de publicação em língua portuguesa no Brasil 2006.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Questões sobre a Hierarquia entre as Normas Constitucionais na Constituição de 1988*, In: Revista da ESMAPE, Vol. 2, nº 4, p. 478
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. Tradução de Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.
- HAMOWY, Ronald. *The Encyclopedia of Libertarianism*. SAGE Publications, 2008.
- HART, H. L. A. *Are there any natural rights?* In: The Philosophical Review, Vol. 64, nº. 2, pp. 175-191. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici=0031-8108%28195504%2964%3a2%3C175%3AATANR%3E2.0.CO%3B2-Z>
- HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.
- HOBBS, Thomas. *O leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: http://dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf
- KANT, Immanuel. *A Doutrina dos Direitos*. In: *A Metafísica dos Costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.
- KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos*. Lisboa: Gradiva, 1995.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução Julio Fischer. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MICHAELIS, 1998; UNIVERSAL, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários a educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. – 2ª edição – São Paulo: Cortez, 2000.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1988*. Volume I. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

PLATÃO. *A República*. Tradução de J. Guinsburg. 1º volume. São Paulo: Difusão europeia do livro, 1965.

PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1988*. Volume IV. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudo Estratégicos, 1999.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1988*. Volume III. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

PASKIN NETO, Max. *O direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa*. Curitiba: Bonjuris, 2015.

ROTHBARD, Murray N. *Por uma nova liberdade: o manifesto libertário*. Tradução de Rafael Sales Azevedo. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

_____. *A ética da liberdade*. Tradução de Fernando Fiori Chiocca. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2010.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRINGHAM, Edward Peter, *Anarchy and the Law*. STRINGHAM, Edward Peter. *Anarchy and the law: the political economy of choice*, Chapter 1, New Brunswick, New Jersey: Transaction Publishers, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1768172>. Data de acesso: 05/10/2015.

THOREAU, Henry. *A desobediência civil*. Tradução de Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 2014.

TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988*. Volume VII. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Data de acesso em 20/02/2016.

VAINER, Bruno Zilberman. *Breve histórico acerca das Constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, RBDC, nº 16 – jul./dez., 2010. In: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_\(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_e_de_Constitucionalidade_Brasileiro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_e_de_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf)

VICENTE, Paulo; Alexandrino Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14 edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.